ANWARTSCHAFTSRECHTE BEIM HYPOTHEKENERWERB

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechte

durch die Rechts-und Staatswissenschaftliche Fakultät der

Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

MARTHA LAUFKE

aus Prag

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0046

ANWARTSCHAFTSRECHTE BEIM HYPOTHEKENERWERB

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechte

durch die Rechts-und Staatswissenschaftliche Fakultät der

Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

MARTHA LAUFKE

aus Prag

1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Reinicke
Dekan: Prof. Dr. Brox
Tag der mündlichen Prüfung: 28.1.1966

Inhaltsverzeichnis

Seite

A. Die Hypothekenanwartschaften 1

§ 1 Wesen und Vorkommen des Anwartschaftsrechts 1

1. Wesen und Vorkommen im allgemeinen 1
2. Anwartschaftsrecht und Vollrecht 5
3. Das Vorkommen des Anwartschafts-rechts 7

§ 2 Rechtliche Möglichkeiten und wirtschaftliche Bedeutung von Anwartschaftsrechten bei Hypotheken 8

§ 3 Die Rechtslage bei Fehlen von Eintragungsantrag und Eintragung, wenn Forderung, Einigung und formelle Eintragungsvoraussetzungen vorliegen 13

1. Unbeständigkeit gegenüber Verfügungen des Bestellers 14
2. Unbeständigkeit gegenüber Zugriffen durch Gläubiger des Bestellers 15
3. Fehlen des Schutzes im Konkurs 15
4. Zusammenfassende Würdigung 16

§ 4 Die Rechtslage zwischen Einreichung des Eintragungsantrags und Eintragung bei Vorliegen der Einigung 19

I. Grundsätzliche Ausführungen 19
II. Einreichung durch den Besteller 19
III. Einreichung durch den Erwerber 20

1. Beschränkung der Verfügungsmacht des Bestellers
2. Beschränkung der Zugriffsmöglichkeit durch Gläubiger des Bestellers 21

Seite

a) Begründung einer Zwangshypothek 21

b) Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 22

3. Die Behandlung der Erwerberstellung im Konkurs 23

a) Der Schutz der Erwerberposition nach § 15 S. 2 KO 23

b) Die Gefährdung der Erwerberposition nach § 17 KO 24

aa) bei Hypotheken für Restkaufpreisforderungen 24

α) nach Übertragung von Eigentum und Besitz 24

β) vor Übertragung von Eigentum und Besitz 24

bb) bei Hypotheken für Darlehensforderungen 25

α) bei Realdarlehen 25

β) bei entgeltlichen Konsensualdarlehen 26

γ) bei unentgeltlichen Konsensualdarlehen 26

4. Zusammenfassung 26

§ 5 Die Rechtslage bei Vormerkung des Anspruchs auf Erwerb einer Hypothek 27

I. Problemlage 27

II. Der Schutz des Vorgemerkten 28

1. Die Beschränkung der Verfügungsmacht des Bestellers 28

2. Beschränkung der Zugriffsmöglichkeit durch Gläubiger des Bestellers 28

3. Die Behandlung im Konkurs 30

Seite

III. Konstruktive Erfassung der durch die Vormerkung geschaffenen Rechtslage 31

1. Vorliegen der Einigung und Aushändigung der Eintragungsbewilligung 31

2. Fehlen von Einigung und Eintragungsbewilligung 31

a) Die Notwendigkeit der Mitwirkung des Bestellers beim Entstehen der Hypothek 31

b) Die Abhängigkeit vom Kausalgeschäft 34

IV. Der Zeitpunkt der Entstehung der Anwartschaft 36

V. Zusammenfassung 36

§ 6 Die Rechtslage bei Eintragung einer Hypothek und Fehlen der Forderung 37

I. Kennzeichnung des Sachverhalts 37

II. Der dingliche Charakter der Position des Erwerbers 37

1. Beschränkung der Verfügungsmacht des Bestellers 38

a) Schutz der Erwerberstellung gegen Verfügungen über das Grundstück 38

α) Belastung des Grundstücks 38

β) Veräußerung des Grundstücks 38

b) Schutz vor Beeinträchtigung durch Veräußerung der Eigentümergrundschuld 39

α) Notwendigkeit der Eintragung 39

β) Kein Grundbuchberichtigungsanspruch 39

c) Schutz gegen Vereitelung des Entstehens der Forderung 41

Seite

α) Ablehnung einer analogen Anwendung von § 162 BGB 41

β) §§ 373 BGB führen nicht zum Schutz 43

γ) Anspruch auf Abnahme der Darlehensvaluta 44

2. Schutz des Erwerbs gegen den Zugriff der Gläubiger des Bestellers 46

a) Vollstreckung in das Grundstück des Bestellers 46

α) Eintragung einer Zwangshypothek 46

β) Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 47

αα) Beschlagnahme 47

ββ) Zuschlag 47

γγ) Verteilungstermin 47

b) Vollstreckung in die Eigentümergrundschuld 50

3. Die Erwerberposition im Konkurs des Bestellers 53

a) Schutz nach § 15 S. 2 KO, § 878 BGB 53

b) Beeinträchtigungsmöglichkeit nach § 17 KO 53

c) Die Akzessorietät der Erwerberstellung 56

§ 7 Die Erwerberposition bei Bestellung von Briefhypotheken 58

I. Fehlen der Briefübergabe bei Vorliegen der übrigen Entstehungsvoraussetzungen 58

1. Die Möglichkeit des Bestellers das für den Erwerber im Grundbuch eingetragene Grundpfandrecht zu veräußern 59

Seite

2. Die Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger des Bestellers 60

a) Die Einzelvollstreckung 60

b) Der Konkurs über das Vermögen des Bestellers 61

3. Ergebnis 61

II. Fehlen der Eintragung, wenn die Aushändigungsabrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen wurde 61

III. Fehlen der Forderung bei Vorliegen der übrigen Entstehungserfordernisse 62

IV. Vormerkung des Anspruchs auf Errichtung einer Briefhypothek 63

§ 8 Weitere als Anwartschaftsrecht zu bezeichnende Erwerbspositionen 64

I. Das Fehlen mehrerer Erwerbsvoraussetzungen 64

II. Bei der Veräußerung der Hypothek auftretende Anwartschaftsrechte 64

III. Das Fehlen einer zusätzlichen auf Parteivereinbarung beruhenden Erwerbsvoraussetzung 64

1. Die Hypothek für eine bedingte Forderung 65

2. Die bedingte Hypothek 65

B. Die Behandlung der Hypothekenanwartschaften im Rechtsverkehr 66

§ 9 Die Veräußerung der Hypothekenanwartschaften 66

I. Die Hypothekenanwartschaften bei Fehlen der Eintragung 67

Seite

1. Die Anwendbarkeit von § 1153 BGB 67
2. Keine Abtretung nach § 398 BGB 68
3. Modifizierte Anwendung des § 1154 BGB 69
   a) Die materielle Verfügungsmacht des Anwartschaftsberechtigten 70
   b) Die Auffassung des Reichsgerichts 70
   c) Die Möglichkeit zur Schaffung der formellrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen 72
4. Zusammenfassung 73

II. Die Abtretung der Hypothek für eine zukünftige oder für eine bedingte Forderung 74

III. Die Veräußerung der Anwartschaft bei Fehlen der Briefübergabe und der Eintragung, wenn diese beim Grundbuchamt ordnungsgemäß beantragt und die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen worden ist 74

IV. Die Übertragung der Anwartschaft aus der Vormerkung 75

§ 10 Die Verpfändung der Hypothekenanwartschaften 76

I. Die Anwartschaft bei Fehlen der Eintragung 76

II. Die Hypothek für eine zukünftige oder für eine bedingte Forderung 77

III. Die Anwartschaft bei Fehlen der Briefübergabe und der Eintragung, wenn diese vom Erwerber beim Grundbuchamt ordnungsgemäß beantragt und die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen worden ist 77

IV. Die Anwartschaft aus der Vormerkung 77

Seite

§ 11 Die Pfändung der Hypothekenanwartschaften 78

I. Die Pfändung von Anwartschaftsrechten im allgemeinen 78

1. Ablehnung der sogenannten Doppelpfändung 78

2. Pfändung nach §§ 808 ZPO 79

II. Die Pfändung der Hypothekenanwartschaften 80

1. Das Anwartschaftsrecht bei Fehlen der Eintragung 80

2. Die Hypothek für eine zukünftige oder für eine bedingte Forderung 80

3. Das Anwartschaftsrecht bei Fehlen der Briefübergabe und der Eintragung, wenn diese vom Erwerber beim Grundbuchamt ordnungsgemäß beantragt und die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen worden ist 81

4. Das Anwartschaftsrecht aus der Vormerkung 81

§ 12 Der Erwerb vom Nichtberechtigten 82

I. Die allgemeine Problemlage 82

II. Die Hypothekenanwartschaften im besonderen 82

1. Das Anwartschaftsrecht bei Fehlen der Eintragung 82

2. Die Hypothek für eine zukünftige oder für eine bedingte Forderung 83

3. Das Anwartschaftsrecht auf eine Briefhypothek bei Fehlen der Eintragung, wenn die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen wurde 83

4. Das Anwartschaftsrecht aus der Vormerkung 84

III. Zusammenfassung 85

Seite

§ 13 Der Schutz der Hypothekenanwartschaften 86

I. Die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach §§ 1133 ff BGB 86

II. Der Schutz nach § 823 BGB 87

III. Ergebnis 88

C. Zusammenfassung 89

Literaturverzeichnis I

Abkürzungen und Zitierweise VIII

A. DIE HYPOTHEKENANWARTSCHAFTEN

§ 1

WESEN UND VORKOMMEN DES ANWARTSCHAFTSRECHTS

1. Wesen und Vorkommen im allgemeinen

Das Entstehen oder die Übertragung eines Rechtes setzt häufig Tatbestandsmerkmale voraus, die im Verlauf längerer Zeit nach und nach verwirklicht werden. Während dieser durchläuft der Erwerber die verschiedensten Positionen, die vom obligatorischen Anspruch auf Verschaffung des Rechtes bis zu dessen Innehabung reichen. Die Tatsache, daß das zu begründende oder zu übertragende Recht meist nicht auf einmal, sondern nur allmählich in das Vermögen des Erwerbers gelangt, kann zu einer unklaren zwielichtigen Situation führen: Das zu übertragende Recht steht zwar noch dem Veräußerer zu, da der Übertragungstatbestand noch nicht voll verwirklicht ist. Inhaltlich aber ist die Rechtsstellung des Veräußerers bisweilen so ausgehöhlt, daß anderweitige Verfügungen über das Recht nicht mehr möglich sind, so daß der Erwerber in seiner Aussicht, das Recht zu erlangen gesichert ist. In einem solchen Falle ist dem Erwerber eine Position zugeordnet, die für ihn bereits einen Bestandteil seines gegenwärtigen Vermögens darstellt. Ähnliches kann sich ergeben, wenn von einem Rechtssubjekt für ein anderes ein beschränkt dingliches Recht begründet wird. Die Gegenstände, an denen das beschränkt dingliche Recht bestellt werden soll, sind noch nicht belastet; trotzdem kann dem Dritten eine unentziehbare Aussicht auf Entstehen des beschränkt dinglichen Rechtes angefallen sein. Auch bei Forderungsrechten können vergleichbare Situationen entstehen. Das Recht des Versprechenden ist noch nicht belastet, die Belastung kann aber

nicht mehr verhindert werden. Ein solcher Fall ist in § 161 BGB geregelt. Der bedingt Berechtigte wird vor Verfügungen des Veräußerers über das bereits bedingt übertragene oder bedingt begründete Recht und vor dem Eingreifen durch dessen Gläubiger geschützt. Der Eintritt des Vollrechtserwerbs wird insofern der Einwirkung des Veräußerers entzogen (§ 161 BGB). Auch § 162 BGB ist hier zu erwähnen, der nicht bloß für bedingte Verfügungsgeschäfte, sondern auch für Verpflichtungsgeschäfte gilt. Insofern wird auch die Position, die beim bedingten Forderungsrecht besteht, dem willkürlichen Eingriff des Verpflichteten weithin entzogen.

Die Stellung des Erwerbers ist jedoch nicht immer so stark gesichert. Die mannigfaltigsten Abstufungen sind möglich. Das zeigt sich z.B. beim Erwerb eines Grundstücks oder eines dinglichen Rechts an einem Grundstück. Hier ist es denkbar, daß die Einigung zwar schon stattgefunden hat und die Eintragungsbewilligung ausgehändigt, die Eintragung vom Inhaber der Eintragungsbewilligung aber noch nicht beantragt wurde; es kann indes auch schon der von ihm gestellte Antrag beim Grundbuchamt vorliegen, ohne daß die Eintragung vollzogen wurde. In dem ersten Fall kann der Erwerber die Eintragung und damit den Rechtsübergang ohne weiteres Tätigwerden des Veräußerers herbeiführen. Dieser ist jedoch bis zur Antragstellung noch imstande, den Erwerb des Grundstückes durch dessen Übereignung an einen Dritten zu vereiteln [1]. Ist dagegen die Eintragung vom Empfänger der Eintragungsbewilligung beantragt, so weist die Erwerberstellung eine größere Sicherheit auf. Eine anderweitige Eintragung darf nur nach der zuerst beantragten vorgenommen werden (§ 17 GBO). Eine Beeinträchtigung der Erwerberstellung ist deshalb in aller Regel nicht zu befürchten (§ 879 BGB).

---

1) Ronke, Festschrift für Hermann Nottarp S. 91; Baur § 19 B I 2 b; Wolff-Raiser § 61 II; Staudinger-Seufert 89 zu §§ 925, 925 a; RGRK 13 zu § 873 BGB.

Bereits die angeführten Beispiele zeigen, daß beim Erwerb eines Rechts einmal Positionen entstehen können, die bloße Durchgangsstadien in der Entwicklung auf das Vollrecht hin darstellen, zum anderen aber solche, die ähnlich wie ein Vollrecht dem Vermögen des Erwerbers schon fest angehören.

Rechtslehre und Rechtssprechung bezeichnen derartige, dem Erwerbervermögen bereits fest zugeordnete Positionen als Anwartschaften oder Anwartschaftsrechte. Die am häufigsten vertretene und heute wohl herrschende Auffassung geht dahin, daß ein Anwartschaftsrecht dann vorliege, wenn von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer gesicherten Rechtsstellung gesprochen werden kann [2]. Darüber, wann dies zutrifft, weichen die Meinungen voneinander ab. Auf eine Darstellung der im einzelnen vertretenen Auffassungen kann hier verzichtet werden. Es wird auf die Übersicht bei Forkel [3] verwiesen. Von manchen Autoren wird auf die Unmöglichkeit, den Eintritt des Vollrechtserwerbs zu verhindern, abgestellt[4]. Zum Teil wird es als ausschlaggebend erachtet, daß der Erwerb von weiteren Handlungen des Veräußerers unabhängig ist und ohne dessen weiteres Zutun eintritt [5]. Mehr Beschreibung einzelner Seiten des Sachverhaltes als Begriffbestimmung ist es, wenn daneben das Anwartschaftsrecht als ein in der Entwicklung begriffenes Recht, das bereits Wirkungen äußert [6] oder als Entwicklungszustand, der bereits veräu-

---

2) Eichler II 1 S. 122; Enneccerus-Nipperdey I 1 § 82 II 4, § 197 II 4; Heck § 111 I; v. Tuhr I 1, S. 128 f; Westermann § 5 III 3 a; Staudinger-Seufert Einleitung 3 vor § 854, RGZ 66, 349; 140, 223; BGHZ 27, 360.
3) Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht S. 64 ff.
4) Eichler II 1 S. 122; Heck § 111 I; v. Tuhr I 1 S. 182 f; Westermann § 5 III 3 a; Staudinger-Seufert Einleitung 3 vor § 854; BGH LM 1 zu § 15 KO.
5) Holtz S. 23; Würdinger S. 65; Enneccerus-Nipperdey § 82 II 4; RGZ 66, 349; 140, 223.
6) Brecht, Iherings Jahrbuch Bd 1, 263 (275); Hirsch, Arch Bürg R 25, 222, (238 Fn 11); Lehmann § 12 II 4.

ßerlich und pfändbar ist [7], bezeichnet wird. Zum Teil wird mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der als Anwartschaft in Betracht kommenden Rechtslagen eine allgemeine Kennzeichnung überhaupt nicht für möglich gehalten [8].

Man wird sagen dürfen, daß die erste Auffassung weiterreichende Erfordernisse an das Vorliegen einer Anwartschaft stellt als die zweite. Sie deckt die zweite, nicht aber umgekehrt. Demgemäß wird allgemein angenommen, daß ein Recht, das den Schutz des § 161 BGB genießt, z.B. das Recht des Vorbehaltskäufers und das Recht dessen, der die Eintragung beantragte, nachdem ihm das Grundstück aufgelassen und die Eintragungsbewilligung ausgehändigt wurde, eine Anwartschaft ist [9], weil die Stellung des zukünftig Berechtigten in beiden Fällen von dem anderen Teil durch entgegenstehende Verfügungen nicht mehr beeinträchtigt werden kann. Das eine Mal steht dem § 161 BGB, das andere Mal § 17 GBO entgegen. Dagegen wird die Stellung des Erwerbers eines Rechts an einem Grundstück nicht so allgemein als Anwartschaftsrecht bezeichnet, wenn die Auflassung und die Aushändigung der Eintragungsbewilligung erfolgten, die Eintragung jedoch nicht beantragt wurde [10] und deshalb ein Schutz gegen Verfügungen des Veräußerers noch nicht besteht. Wir möchten uns der strengeren Auffassung anschließen und annehmen, von einer Anwartschaft spreche man zweckmäßigerweise nur dann, wenn die Entwicklung zum Vollrecht durch denjenigen, der das werdende Recht begründete, nicht mehr willkürlich beeinträch-

---

7) Semeka, AcP 35, 121 (125 f, 129).
8) Raiser, Dingliche Anwartschaften S. 7 ff isb. S. 12; Baur § 3 II 3; Wolff-Raiser § 2 II 3 isb. Fn. 11.
9) Baur § 19 B I 2 b; Westermann § 76 I 5; Wolff-Raiser § 2 II 3, § 61 II; Staudinger-Seufert 40 zu §§ 925, 925 a.
10) verneinend: Hieber DNotZ 1955, 186 (187); Hieber DNotZ 1959, 350; Ronke S. 97; OLG Celle NJW 1958, 870; bejahend: Hoche NJW 1955, 652; Marcuse JW 1923, 41; Westermann § 5 III 3, § 76 I 5 wohl eingeschränkt; Wolff-Raiser § 2 II 3; Staudinger-Seufert 40 zu §§ 925, 925 a: dingliche Anwartschaft.

tigt werden kann. Denn die Unabhängigkeit der Erwerberposition vom Willen des Veräußerers, in der sich die Lösung aus dessen Vermögen zeigt, besteht nicht nur in der Unmöglichkeit, die Vollendung des Rechtserwerbs durch Untätigkeit aufzuhalten, sondern ebenso wesentlich im Ausschluß der Fähigkeit, den Rechtserwerb durch widersprechende Verfügungen zu verhindern.

Ein Vorbehalt erweist sich allerdings als nötig. Aus der Natur des Anwartschaftsrechts als einer in der Entwicklung zum Vollrecht begriffenen Position folgt, daß die Anwartschaft gegenüber dem Willen des Verpflichteten keine größere Beständigkeit haben kann als das Vollrecht [11]. Dieser Grundsatz findet in § 161 Abs. 3 BGB seine Bestätigung. Er zeigt sich aber auch bei den im § 162 BGB geregelten Fällen. § 162 BGB schützt nur vor der Störung der Entwicklung zum Vollrecht durch Vereitelung der Bedingungen, nicht aber vor einer Zerstörung der Position, die auch beim Vollrecht eintreten könnte [12]. Das gilt für Sachenrechte wie für Forderungen. § 162 BGB ist bei Zerstörung der bedingt übertragenen Sache ebenso wenig anwendbar wie dann, wenn etwa die Erfüllung eines bedingten Forderungsrechtes unmöglich gemacht wird [13]. Daher läßt sich sagen, §§ 161 und 162 BGB schützen den Erwerber im Grundsatz nur vor einer Beeinträchtigung, die auf rechtlichen nicht vor einer solchen, die auf tatsächlichen Gründen beruht.

2. Anwartschaftsrecht und Vollrecht

Der Tatsache, daß die Anwartschaft Durchgangsstadium zum Vollrecht ist, entspricht es, daß es diejenigen von dessen

---

11) Ronke S. 98; von Tuhr I 1 S. 181, 217; Westermann § 5 III 3 a; Wolff-Raiser § 2 Fn 10.
12) arg. § 160 BGB; Enneccerus-Nipperdey § 197 II 2, 3; Lehmann § 35 A VI 1 a; RGRK 1 zu § 161; Soergel-Siebert 1 zu § 160; Erman-Groepper 1, 2 zu § 160, 1 zu § 161.
13) § 160 BGB entspricht für die bedingte Forderung den §§ 280, 325 BGB; Lehmann § 35 A VI 1 a; Planck 7 zu § 160; Soergel-Siebert 1 zu § 160.

Wirkungen nicht äußern kann, die gerade das Bestehen des Vollrechts zur Voraussetzung haben. Insbesondere wird man deshalb von einem Anwartschaftsrecht nicht verlangen können, daß es die aktive Ausübung des Vollrechts gewährt [14].

Hieraus ergibt sich für die Frage, welche Eigenschaften des Vollrechts für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts gefordert werden können und andererseits gefordert werden müssen, folgendes: Entsprechend der Vielzahl der Rechte gibt es eine Vielzahl von Anwartschaften. Ebenso wie es über Rechte im allgemeinen nur eine beschränkte Anzahl von Rechtssätzen gibt und man daher über Rechte allgemein nur sehr wenig gemeinsame rechtlich relevante Ausführungen machen kann, sind auch nur sehr wenige Aussagen, die für sämtliche Anwartschaftsrechte gelten, möglich; [15] etwa: die Anwartschaftsrechte seien grundsätzlich übertragbar, verpfändbar und pfändbar. Dagegen läßt sich bereits der Satz, störende Eingriffe in ein Anwartschaftsrecht durch einen Dritten begründeten zu dessen Lasten Schadenersatzansprüche, in dieser allgemeinen Form nicht aufrecht erhalten. Er trifft sicher nicht zu für Anwartschaften, die aus einem bedingten Verpflichtungsgeschäft entstanden sind. Demgegenüber ist anzunehmen, daß er zumindest für gewisse Anwartschaften auf dingliche Rechte gilt [16]. Man wird allgemein sagen können: auf das Anwartschaftsrecht finden die für das Vollrecht geltenden Regeln Anwendung [17], soweit diese mit dem Wesen der Anwartschaft vereinbar sind. Es gilt das P r i n z i p

---

14) Blomeyer AcP 153, 250; Duden JZ 1954, 42; Raiser S. 40; Wolff-Raiser § 2 II 3 b und Fn 17; vgl. BGHZ 10, 72; a.M. Holtz isb. S. 54; Bauknecht NJW 1955, 1251; Palandt-Hoche 6 B b zu § 929.

15) so auch Raiser S. 7 f; Lange § 12 IV 3; vgl. auch v. Tuhr I 1 S. 217.

16) Ronke S. 91 für das Recht aus der Auflassung; Raiser S. 79; Baur § 59 5; Wolff-Raiser § 2 II 3 b; RGZ 170 1, 6.

17) Hoche NJW 1955, 652; Eichler II 1 S. 122; Enneccerus-Nipperdey I 2 § 197 II 4; Lange § 12 IV 3; Westermann § 5 III 3 a.

der maximalen Geltung der auf das Vollrecht anwendbaren Ordnung.

3. Das Vorkommen des Anwartschaftsrechts

Obwohl das Anwartschaftsrecht bei verschiedenen rechtsgeschäftlichen Erwerbsvorgängen vorkommen kann, beziehen sich die Erörterungen in Literatur und Rechtssprechung vorwiegend auf das Anwartschaftsrecht beim Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen. Die besondere Vorliebe für diese Form des Anwartschaftsrechtes erklärt sich aber nicht daraus, daß es etwa systematisch eine Sonderstellung einnimmt, sondern allein aus praktischen Gründen. Gerade der Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen zieht sich zumindest in zwei außerordentlich häufigen Fällen über eine längere Zeit hin: beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt und beim Rückerwerb einer sicherungsübereigneten Sache, sofern ein dinglicher Eigentumsrückfall an den Sicherungsgeber vereinbart ist. Daher ist die Frage nach der Verwertungsmöglichkeit der Rechtsstellung des Erwerbers durch Veräußerungen, Verpfändungen und Pfändungen schon vor Vollrechtserwerb für ihn und seine Gläubiger besonders dringlich. Damit taucht zugleich die Frage nach der Rechtsnatur des Anwartschaftsrechtes auf. Bereits weniger häufig erörtert ist die Rechtsposition, die dem Erwerber eines Grundstückes zukommt. Immerhin wurde auch sie wiederholt behandelt, was darauf zurückzuführen sein mag, daß es hierbei nicht selten um erhebliche wirtschaftliche Werte geht. Demgegenüber ist die Rechtsposition, die dem Hypothekengläubiger vor der Vollendung des Erwerbs seines Rechts zukommt, noch kaum untersucht worden. Die vorliegende Arbeit soll dieser Frage nachgehen.

§ 2

RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN UND WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG VON ANWARTSCHAFTSRECHTEN BEI HYPOTHEKEN

Der rechtsgeschäftliche Erwerb einer Hypothek hat zumindest drei Voraussetzungen, die zeitlich auseinanderfallen können: Einigung, Eintragung und Entstehung der zu sichernden Forderung. Da aber die Eintragung nur erfolgt, wenn sie bewilligt und beantragt ist, läßt sich diese Voraussetzung weiter zerlegen. Für die Briefhypothek kommt hinzu die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger oder das Vorliegen der in § 1117 BGB bestimmten Surrogate. Der zu betrachtende Erwerbstatbestand ist demnach derart komplex, daß der Erwerb sich über eine gewisse Zeit hinziehen kann.

Ähnlich liegt es dann, wenn die Hypothek nicht durch Bestellung vom Eigentümer erworben wird, sondern wenn der Hypothekengläubiger seine Forderung mit der schon bestehenden Hypothek auf einen anderen überträgt. Auch hier handelt es sich bei der Buch- wie bei der Briefhypothek um einen mehrgliedrigen Erwerbstatbestand, dessen einzelne Teilstücke sich zu verschiedener Zeit vollenden können. Die Behandlung dieser Fälle soll jedoch einstweilen zurückgestellt und erst gegen Ende der Arbeit vorgenommen werden, wesentliche Besonderheiten ergeben sich nicht.

Vor der Vollendung des Hypothekenerwerbs können sich die folgenden typischen Rechtslagen ergeben:

1. Bei der Buchhypothek

a) Es kann die zu sichernde Forderung schon entstanden sein. Dann wird, vor allem bei einer Darlehensforderung, häufig

auch die Einigung über Hypothekenbestellung vorliegen, wobei die Einigung in bindender oder nicht bindender Form (§ 873 Abs. 2 BGB) vorgenommen worden sein kann. Meist wird auch die Eintragung bereits bewilligt oder beantragt sein, denn vorher wird der Darlehensbetrag regelmäßig nicht ausgezahlt werden. Es fehlt also nur die Eintragung.

b) Umgekehrt kann die Hypothek schon eingetragen sein; dann wird regelmäßig auch die dingliche Einigung vorliegen. Der vollständige Rechtserwerb wird aber durch den Umstand gehindert, daß die zu sichernde Forderung noch nicht entstanden, das Darlehen zum Beispiel noch nicht ausgezahlt worden ist. Diesen Sachverhalt hat das Gesetz ausdrücklich in § 1139 BGB geregelt.

2. Bei der Briefhypothek

a) Auch hier kann es trotz Entstehung der zu sichernden Forderung noch an der Eintragung und entsprechend auch an der Aushändigung des Briefes an den Gläubiger fehlen.

b) Als weiterer Fall ergibt sich bei der Briefhypothek die Möglichkeit, daß zwar die Forderung schon entstanden und die Eintragung bereits erfolgt ist, aber weder die Übergabe des Briefes an den Gläubiger noch eines der Surrogate des § 1117 BGB vorliegt.

c) Endlich können diese Voraussetzungen schon erfüllt sein, aber es fehlt an der zu sichernden Forderung.

Besteht die zu sichernde Forderung bereits und liegen die Einigung und die formellen Eintragungsvoraussetzungen vor, so vergeht bis zur Eintragung und gegebenenfalls bis zur Aushändigung des Briefes eine gewisse Zeit. Diese kann sogar erheblich sein, wenn etwa eine erforderliche Genehmigung noch aussteht oder das Grundbuchamt die Eintragung zunächst

aus Rechtsgründen ablehnt. Diese Verzögerungsfälle spielen für die Tatbestände in 1 a und 2 a und mittelbar auch in 2 b eine Rolle.

Die Möglichkeiten 1 b und 2 c dagegen sind vor allem bei Darlehen häufig, die zur Baufinanzierung zugesagt werden [18]. Hier liegt, sofern es sich nicht um Mieterdarlehen handelt, das wirtschaftliche Übergewicht regelmäßig auf der Seite des Kreditgebers, er kann daher den Kreditsuchenden zu einer Bestellung der Sicherheit schon vor Auszahlung des Darlehens veranlassen. Diese wird häufig davon abhängig gemacht, daß das Bauvorhaben zunächst bis zu einem bestimmten Grade fertiggestellt ist, damit der Wert des belasteten Grundstücks eine zuverlässige Sicherheit bietet. Bis dahin kann seit der Eintragung des Buchrechts, die nicht selten schon vor Beginn der Bauarbeiten erfolgt, eine erhebliche Zeit vergehen. Ein solches Vorgehen bedeutet für den Kreditsuchenden regelmäßig auch keine Gefahr, weil die Stellung des Kreditgebers (Bank, Sparkasse, öffentliche Hand) einen Mißbrauch der durch den Bucheintrag und gegebenenfalls den Briefbesitz begründeten Legitimation nicht befürchten läßt.

In allen angeführten Fällen kann für den Erwerber der Hypothek und vor allem auch für dessen Gläubiger das Bedürfnis entstehen, die bereits entstandene Rechtsstellung zu verwerten. Das ist ohne weiteres einsichtig, wenn die zu sichernde Forderung schon besteht (oben 1 a, 2 a, b). Die Position des Erwerbers stellt einen Vermögensbestandteil dar. Dessen Verwertung wird wesentlich erleichtert, wenn nicht nur die Abtretung oder Belastung der Forderung und des obligatorischen Anspruchs auf hypothekarische Sicherung, sondern auch eine Übertragung oder Belastung der entstehenden Hypothek möglich ist. Dadurch wird es dem Rechtsnachfolger des Erwer-

---

18) vgl. Boehmer AcP 37, 208 .

bers und seinen Gläubigern erspart, ihrerseits noch an den Hypothekenbesteller heranzutreten. Die Übertragung der Erwerberstellung kann auch für den Rang der einzutragenden Hypothek von Bedeutung sein (§ 45 Abs. 1 GBO, § 879 BGB).

Ist dagegen die zu sichernde Forderung noch nicht entstanden, liegen vielmehr nur die Eintragung und gegebenenfalls die Übergabe des Briefes vor, so ist das Bedürfnis nach einer Verwertungsmöglichkeit nicht ganz so offensichtlich. Denn hier hat der Hypothekenerwerber, ohne selbst schon ein Vermögensopfer gebracht zu haben, einstweilen nur das Buch- bzw. das Briefrecht, das allein auf redliche Weise nicht verwertet werden kann. Indessen kann es sich als wünschenswert herausstellen, daß ein anderer die Stellung des Kreditgebers übernimmt, und daß die schon bereitgestellte Sicherung auf ihn übertragen wird [19].

Zusammenfassend kann also gesagt werden: Der Erwerb einer Hypothek zieht sich häufig über längere Zeit hin. Während dieser besteht ein Bedürfnis des Hypothekenerwerbers und seiner Gläubiger, die Erwerbsposition durch Übertragung und Verpfändung bzw. Pfändung verwerten zu können. Es wird deshalb zu prüfen sein, ob und wann während dieser Zeit dem Erwerber ein Anwartschaftsrecht auf die Hypothek zukommt, ob Übertragung, Verpfändung und Pfändung der Erwerberposition möglich sind und ob ein besonderer Übertragungsvorgang erforderlich ist. Schließlich wird bei Bejahung der letzten Frage zu untersuchen sein, wie Veräußerung, Belastung und Pfändung der Erwerberstellung vorzunehmen sind und vor allem welche Modifikationen gegebenenfalls die Regeln der §§ 1154 ff BGB bei Anwendung auf Hypothekenanwartschaften erfahren müssen. Das soll im Folgenden geprüft werden.

Es läßt sich von vornherein vermuten, daß zwei Hauptgruppen zu unterscheiden sind, die sich auch schon oben abge-

---

19) vgl. Boehmer ZAKDR 1937, 173.

zeichnet haben: Einmal die Fälle, in denen die zu sichernde Forderung schon entstanden ist (oben 1 a, 2 a, b), und zum anderen diejenigen, in denen es hieran noch fehlt (oben 1 b und 2 c). Dabei steht zu erwarten, daß in diesen letzten Fällen die Abweichung der Erwerberstellung von der des Inhabers einer Hypothek größer ist, weil die Hypothek forderungsakzessorisch ist. Deshalb soll die erste Gruppe - und zwar zunächst für den Fall der Buchhypothek - den Anfang der Untersuchungen bilden.

§ 3

DIE RECHTSLAGE BEI FEHLEN VON EINTRAGUNG UND EINTRAGUNGSANTRAG, WENN FORDERUNG, EINIGUNG UND FORMELLE EINTRAGUNGSVORAUSSETZUNGEN VORLIEGEN

Fehlt die Eintragung, so sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: dem Erwerber wurden die zur Eintragung erforderlichen Urkunden übergeben, ohne daß die Eintragung beantragt wurde, oder aber die Eintragung wurde beim Grundbuchamt beantragt, von diesem aber noch nicht vollzogen.

Mit Aushändigung der Eintragungsbewilligung ist der Erwerber in die Lage versetzt, seine Eintragung im Grundbuch durch einen entsprechenden Antrag beim Grundbuchamt zu bewirken. Er kann also, sofern die zu sichernde Forderung besteht und die Einigung stattgefunden hat, ohne weiteres Zutun des Bestellers - infolge der durch die Aushändigung der Bewilligung bindend gewordenen Einigung (§ 873 Abs. 2 BGB) - selbst gegen dessen Willen den Erwerb herbeiführen. Das legt den Schluß nahe, dem Erwerber stehe nach Übergabe der Bewilligung ein Anwartschaftsrecht an der Hypothek zu. Diese Ansicht wird in der Tat vertreten [20]. Sie ist zutreffend, wenn man das Anwartschaftsrecht als die Position innerhalb des Erwerbsvorgangs begreift, bei der der Vollrechtserwerb keine weitere Handlung des Bestellers mehr erfordert [21]. Bejaht man ein Anwartschaftsrecht jedoch erst dann, wenn die Rechtsposition vom Besteller nicht mehr beeinträchtigt werden kann, so liegt ein Anwartschaftsrecht im technischen Sinn nicht vor [22].

---

20) Hoche, NJW 1955, 652; Marcuse JW 1923, 41; Baur § 19 B I 2 b; Westermann § 5 III 3, § 76 I 5 einschränkend; Wolff-Raiser § 2 II 3 a, § 38 III 1; Staudinger-Seufert 40 zu §§ 925, 925 a; RGRK 5 zu § 925.

21) Vgl. oben S. 3 Fn 5.

22) Hieber DNotZ 1959, 350 (351); Ronke S. 97; OLG Celle NJW 1958, 870.

1. Unbeständigkeit gegenüber Verfügungen des Bestellers

Als Beeinträchtigungen kommen zunächst Verfügungen des Bestellers über das mit der Hypothek zu belastende Grundstück in Betracht.

Läßt der Besteller das Grundstück an einen Dritten auf und wird dessen Eintragung von der des Hypothekenerwerbers beantragt, so erlangt der Dritte mit seiner Eintragung das unbelastete Grundstück. Die Bindung des Bestellers an die Einigung (§ 873 Abs. 2 BGB) bewirkt keine Verfügungsbeschränkung [23]. Der Besteller ist in der Veräußerung frei und überträgt das Grundstück ohne die ihn treffende Bindung an die Einigung über die Hypothekenbestellung, weil die Bindung nach § 873 Abs. 2, wie auch sonst im BGB, nichts anderes bedeutet, als daß die Parteien nicht mehr widerrufen können (vgl. §§ 145, 1754 Abs. 1 S. 2, 1258 Abs. 2 S. 2, § 956 Abs. 1 S. 2 BGB) [24]. Da aber das Entstehen der Hypothek die Einigung mit dem Eigentümer des zu belastenden Grundstücks voraussetzt (§§ 873, 1113 BGB), ist ihr Erwerb durch die Veräußerung vereitelt, zumal auch die Eintragung nach § 19 GBO nur auf Grund einer Bewilligung des neuen Grundstückseigentümers vorgenommen werden dürfte.

Ebenso wird der Erwerber beeinträchtigt, wenn der Besteller das Grundstück zwischenzeitlich mit einem beschränkten dinglichen Recht belastet. In diesem Fall ist der Erwerb der Hypothek zwar nicht ausgeschlossen, er wird aber insofern beeinträchtigt, als das früher eingetragene Recht des Dritten der Hypothek im Rang vorgeht (§ 879 BGB).

---

23) Raiser S. 34; Raape S. 113 f; Ronke S. 91; Baur § 19 B I 2 b; Wolff-Raiser § 38 IV; RGRK 13 zu § 873; RGZ 113, 407; RGZ 55, 342; RGZ 66, 288; RGZ 81, 68.

24) Baur § 19 B I 2 b; Westermann § 76 I 5; Wolff-Raiser § 38 IV; Staudinger-Seufert 82 zu §§ 925, 925 a; RGRK 13 zu § 873.

2. Unbeständigkeit gegenüber Zugriffen durch Gläubiger des Bestellers

Bei der Einzelvollstreckung ist der Erwerb zwar nicht ausgeschlossen, er wird aber durch sie beeinträchtigt. Erfolgt die Vollstreckung im Wege der Eintragung einer Zwangshypothek (§ 866 1. Alternative ZPO), so ergibt sich das aus den gleichen Gründen, aus denen eine rechtsgeschäftlich bestellte Hypothek eine Beeinträchtigung des Erwerbs hervorruft: Die Hypothek entsteht im Rang nach der Zwangshypothek (§ 17 GBO, § 867 Abs. 1 ZPO). Die Anordnung der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung des zu belastenden Grundstücks haben dagegen wegen der mit ihnen verbundenen Beschlagnahme zur Folge, daß die nach ihrem Wirksamwerden beantragte Hypothek dem betreibenden Gläubiger gegenüber als nicht errichtet gilt (§ 23 ZVG, §§ 136, 135 BGB). Die Stellung des Erwerbers weicht demnach insofern nicht von der Stellung dessen ab, der lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Hypothek besitzt [25].

3. Fehlen des Schutzes im Konkurs

Wird über das Vermögen des Bestellers der Konkurs eröffnet, so steht § 7 KO der Wirksamkeit des Erwerbs nicht entgegen, da der Besteller nicht mehr tätig zu werden braucht, und der Konkursbeschlag (§ 6 KO) deshalb insoweit kein Hindernis bildet. Indessen ist nach § 15 S. 1 KO der Erwerb auch dann ausgeschlossen, wenn die Tätigkeit des nachmaligen Gemeinschuldners zwar vor Konkurseröffnung liegt, jedoch durch weitere Erfordernisse ergänzt werden muß [26]. Die Ausnahme des § 15 S. 2 KO kommt mangels eines Eintragungsantrags nicht zur Anwendung. Eine bindende Einigung (§ 873 Abs. 2 BGB) allein gewährleistet die Vollendung des Rechts-

25) Ronke S. 91; RGRK 13 zu § 873; RGZ 81, 64.
26) vgl. hierzu Jaeger 2 zu § 15.

erwerbs nicht, weil die Beschlagnahme nicht bloß eine relative Verfügungsbeschränkung enthält, sondern dem Besteller die Verfügungsmacht absolut entzieht (vgl. §§ 6, 15 S. 2 KO) [27]. Der Erwerber ist demnach vor Stellung des Eintragungsantrags im Konkurs des Bestellers nicht geschützt [28].

4. Zusammenfassende Würdigung

Da die Erwerbsaussicht, bevor die Eintragung beantragt wurde, trotz bindender Einigung und obwohl es zur Erlangung des Rechts einer Mitwirkung des Veräußerers nicht mehr bedarf, nicht bestandssicher ist, ist sie dem Vermögen des Erwerbers noch nicht in dem Maße zugeordnet, daß man von einem Anwartschaftsrecht in unserem Sinne sprechen könnte [29].

---

27) Jaeger 37 f zu § 15; Palandt-Hoche 5 b zu § 878, vgl. auch 1 zu § 135, 1 zu § 136.

28) Ronke S. 91; Jaeger 37 f zu § 15; RGRK 13 zu § 873; RGZ 81, 64.

29) für den Fall der Auflassung, der in diesem Zusammenhang gleichzuachten ist, wie hier Ronke S. 97; Hieber DNotZ 1959, 350(351); Lange § 12 IV 3; OLG Celle NJW 1958, 870; v. Tuhr I 1 S. 180 ff bezeichnet die Rechtsstellung aus der Auflassung zwar als Anwartschaftsrecht, aber erst von einem gewissen Grad der Sicherheit an als Warterecht (S. 182 ff). Daraus ist, wie Ronke (S. 94) mit Recht dartut, im Zusammenhang mit den Ausführungen über die Unsicherheit der Erwerbsposition vor Stellung des Antrags durch den Erwerber (S. 188) zu folgern, daß v. Tuhr die Rechtsstellung aus der Auflassung nicht als Warterecht = Anwartschaftsrecht in unserem Sinne ansieht. A.M.: die herrschende Lehre: Kuru S. 27; Hoche NJW 1955, 652; Enneccerus-Nipperdey I 1 § 82 II 4; Lehmann § 12 II 4; Wolff-Raiser § 2 II 3 a, § 38 III 1, § 61 II; Staudinger- Seufert 40 zu § 925; Soergel-Baur 6 a zu § 925; Erman-Westermann 13 zu § 873.
Mayer S. 52 sieht die Diskrepanz, die sich nach der herrschenden Meinung ergibt, wenn einmal die Rechtsstellung aus der Auflassung als Anwartschaftsrecht bezeichnet, andererseits die Rechtsnatur des Vollrechts für sie gefordert wird, zu der die Integrität gegenüber Eingriffen Dritter gehört. Er zieht daraus aber einen falschen Schluß, indem er nicht das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts ablehnt, sondern die Rechtsnatur des Vollrechts für nicht maßgeblich hält.

Dem steht nicht entgegen, daß die Position des Erwerbers nach allgemeiner Ansicht bereits veräußerlich [30], pfändbar [31] und verpfändbar [32] ist. Das trifft grundsätzlich für jeden Vermögenswert zu. Auch die Forderung auf Bestellung der Hypothek, auf Grund derer die Erwerbsaussicht geschaffen wird, ist übertragbar, ohne daß sie deshalb als Anwartschaftsrecht angesehen würde. Die Veräußerlichkeit und damit auch die Verpfändbarkeit können demnach nicht als entscheidendes Merkmal für das Bestehen eines Anwartschaftsrechts angeführt werden. Ausschlaggebend für das Vorliegen einer der Berechtigung an der Hypothek vergleichbaren Zuordnung zu dem Erwerbervermögen ist, ob der Stellung des Erwerbers dinglicher Schutz zukommt. Weil das vor Stellung des Eintragungsantrages - wie wir gesehen haben - nicht zutrifft, ist das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts in diesem Falle zu verneinen.

Bereits vor Stellung des Eintragungsantrags besteht zwar eine über den rein schuldrechtlichen Anspruch hinausgehende Vermögensposition, die nicht mehr ausschließlich den Regeln über Forderungen unterliegt, sondern zur Übertragung der dinglichen Einigung bedarf [33]. Eine dogmatische Zusammenfassung unter einen einheitlichen Begriff rechtfertigt sich hieraus aber nicht, weil außer der besonderen Übertragungsform keine Eigenheiten gegenüber der zu Grunde liegenden

---

30) Donau MDR 1956, 532; Hoche NJW 1955, 652; vgl. Ronke S. 91; Baur § 19 B I 2 c bb; Westermann § 76 I 5, § 44; Wolff-Raiser § 61 II; Staudinger-Seufert 40 zu §§ 925, 925 a; RGRK 17 zu § 398; Soergel-Baur 43 zu § 925; a.M. Hieber DNotZ 1959, 351.

31) Hoche aaO; vgl. Ronke S. 91; Baur § 19 B I 2 c bb; Wolff-Raiser § 61 II; Staudinger-Seufert 40 zu §§ 925, 925 a; Bay ObLG JFG 9, 233.

32) vgl. Ronke S. 91 Fn 9; Baur § 19 B I 2 c bb; Wolff-Raiser § 61 II; Staudinger-Seufert 40 zu §§ 925, 925 a.

33) Hoche NJW 1955, 652; Kuru S. 66 ff; Westermann § 76 I 5 ebenfalls dazu neigend; Wolff-Raiser § 61 II; Staudinger-Seufert 59 zu §§ 925, 925 a; Palandt-Hoche 6 b zu § 925; RGZ 54, 368; 89, 157; 125, 153; 135, 382.

Forderung auf Hypothekenbestellung bestehen. Eine begriffsmäßige Verselbständigung ist vielmehr erst begründet, wenn im Entstehungsverlauf ein Zustand eingetreten ist, auf Grund dessen von einer "Teilung der Sachherrschaft" [34] gesprochen werden kann.

---

34) Raiser S. 66 f.

§ 4

DIE RECHTSLAGE ZWISCHEN EINREICHUNG DES EINTRAGUNGSANTRAGS UND EINTRAGUNG BEI VORLIEGEN DER EINIGUNG

I. Grundsätzliche Ausführungen

Es ist zu prüfen, ob sich an der Erwerberposition durch Einreichung des ordnungsgemäßen Eintragungsantrages beim Grundbuchamt etwas ändert, d.h., ob der Erwerber dann vor Verfügungen des Bestellers oder Vollstreckungsmaßnahmen durch dessen Gläubiger geschützt ist. Bei der Untersuchung dieser Frage ist zu unterscheiden, ob die Eintragung vom Besteller oder vom Erwerber beantragt wird.

II. Einreichung durch den Besteller

Wird der Eintragungsantrag vom Besteller eingereicht, so ist die Position des Erwerbers nicht gesichert. Da der Antrag von demjenigen, der ihn gestellt hat, bis zur Eintragung zurückgenommen werden kann [35], und der zurückgenommene Antrag als nicht gestellt gilt [35], ist eine Beeinträchtigung des Erwerbs möglich [36]. Der Erwerber ist zwar auch dann in der Lage, die Eintragung seinerseits zu beantragen, denn weder die dingliche Einigung noch die Eintragungsbewilligung werden von der Rücknahme berührt. Er ist aber ungeschützt, solange er den Antrag nicht gestellt hat. Sein Erwerb kann durch den Besteller und ebenso durch Vollstreckungsmaßnahmen seiner Gläubiger vereitelt werden [37].

---

35) Güthe-Triebel 35 ff zu § 13; Meikel-Imhof-Riedel 19 zu § 13; Staudinger-Seufert 77 e zu § 873.
36) v. Tuhr I 1 S. 188, 176; Ronke S. 91.
37) oben S. 14 ff.

III. Einreichung durch den Erwerber

1. Beschränkung der Verfügungsmacht des Bestellers

Gegenüber dem eben erörterten Fall ist auf den ersten Blick kein Unterschied in der Rechtslage des Erwerbers zu erkennen, wenn dieser selbst den Eintragungsantrag stellt. Der Veräußerer ist weiterhin als der Berechtigte eingetragen und eine materielle Beschränkung seiner Verfügungsmacht besteht nicht. Dementsprechend kann er sich mit einem Dritten über den Eigentumsübergang an dem Grundstück oder die Begründung einer Hypothek einigen und die Eintragung beantragen oder die Voraussetzungen für einen Antrag des Dritten schaffen. Zur Entstehung des Rechts ist aber noch die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Diese wird gemäß § 17 GBO vorgenommen, nach dem Eintragungsanträge, die dasselbe Recht betreffen, in der Reihenfolge ihres Einganges zu erledigen sind. Der Dritte ist also erst nach vorausgegangener Eintragung des Erwerbers einzutragen. Dessen Rechtsstellung kann daher nicht mehr geschmälert werden. Der Dritte erwirbt, falls ihm das Grundstück aufgelassen wurde, das mit der Hypothek belastete Eigentum bzw., wenn ihm ein sonstiges Grundstücksrecht bestellt werden sollte, dieses im Rang nach der Hypothek des Erwerbers.

Es könnte eingewendet werden, daß eine Untersuchung über das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts, die vom Inhalt der Erwerbsposition ausgeht, nicht auf Grund einer Bestimmung des formellen Grundbuchrechts, wie § 17 GBO sie darstellt, entschieden werden dürfe. Solche Auffassung verkennt die engen Zusammenhänge des materiellen und formellen Rechts und die Bedeutung formellrechtlicher Vorschriften für das Liegenschaftsrecht, welches das Entstehen von Rechten weithin von der Erfüllung formellrechtlicher Vorschriften abhängig macht. Der in der Verpflichtung des Grundbuchamts nach § 17

GBO liegende Schutz ist deshalb als zulässiges Kriterium für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts zu erachten [38]. Hieran ändert sich auch dadurch nichts, daß bei einer Eintragung entgegen § 17 GBO der zu Unrecht Eingetragene das lastenfreie Eigentum bzw. das Grundstücksrecht im Rang vor dem später eingetragenen Erwerber erlangt. Es muß von dem Normalfall ausgegangen werden, daß das Grundbuchamt ordnungsgemäß verfährt. Eine auf pflichtwidrigem Verhalten des Grundbuchamtes beruhende Beeinträchtigungsmöglichkeit rechtfertigt nicht die Annahme, die Rechtsposition des Erwerbers genieße keinen Schutz gegen Verfügungen des Bestellers. Diese Möglichkeit besteht auch beim Vollrecht. Die Hypothek kann durch eine unrichtige Eintragung, etwa eine irrtümliche Löschung, zu der eine Übereignung oder Belastung von Seiten des Grundstückseigentümers tritt, ebenfalls beeinträchtigt werden (§ 892 BGB).

2. Beschränkung der Zugriffsmöglichkeit durch Gläubiger des Bestellers

a) Begründung einer Zwangshypothek

Ist der Erwerber auf Grund des § 17 GBO vor Verfügungen des Bestellers geschützt, so können ihn auch Vollstreckungsmaßnahmen durch dessen Gläubiger nicht mehr beeinträchtigen, sofern diese Maßnahmen der Eintragung ins Grundbuch bedürfen. Das trifft für die Begründung einer Sicherungshypothek zu. Sie entsteht erst, wenn sie eingetragen ist (§ 867 Abs. 1 S. 3 ZPO). Da das Eintragungsverfahren der §§ 14 ff und des § 17 GBO auch in der Zwangsvollstreckung gilt [39], wird der Hypothekenerwerb durch den Beschluß über die Eintragung einer Zwangshypothek nicht berührt.

---

38) vgl. Ronke S. 91.
39) Rosenberg § 193 II 4 a β ; Stein-Jonas, V zu § 830.

b) Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung

Die Zwangsvollstreckung ist nicht nur durch Eintragung einer Zwangshypothek möglich; sie kann auch im Wege der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung betrieben werden (§ 866 ZPO). In diesen Fällen wird das Grundstück mit der Folge beschlagnahmt, daß Verfügungen über dasselbe mit Wirkung gegen den betreibenden Gläubiger nicht mehr vorgenommen werden können (§§ 20, 23 ZVG, §§ 135, 136 BGB). Da die Beschlagnahme nicht erst mit der Eintragung ins Grundbuch, sondern bereits mit Zugang des Eintragungsersuchens beim Grundbuchamt oder mit Zustellung des Versteigerungsbeschlusses an den Schuldner (§§ 22 Abs. 1 ZVG), bei der Zwangsverwaltung darüber hinaus durch Inbesitznahme seitens des Gerichtsvollziehers wirksam wird (§§ 146, 22, 151 ZVG, vgl. § 19 GBO), wird der Erwerber hier nicht durch § 17 GBO geschützt. Der Erwerber würde deshalb, auch nachdem er die Eintragung beantragt hat, von der Beschlagnahme betroffen, solange die Eintragung selbst fehlt. Die nach der Beschlagnahme entstandene Hypothek - die Eintragung wäre trotz der Beschlagnahme möglich [40] - fände im laufenden Verfahren insoweit keine Berücksichtigung, als die betreibenden Gläubiger dadurch beeinträchtigt würden (§ 23 ZVG, § 135 BGB). Sie fiele nicht ins geringste Gebot (§ 44 ZVG) und würde erlöschen (§ 52 Abs. 1 S. 2 ZVG).

Das Gesetz läßt den Erwerber jedoch gegenüber Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nicht schutzlos. Es zeigt sich erneut, daß die entstehende Hypothek kein aktueller Vermögensbestandteil des Bestellers mehr ist. Sie ist nicht nur Verfügungen des Bestellers entzogen. Auch dessen Gläubigern ist nach § 878 BGB der Zugriff auf sie verwehrt: Die Wirksamkeit des Hypothekenerwerbs wird durch die Beschlagnahme nicht berührt. Der Erwerber, der nach

40) Güthe-Triebel Vorbem. 79 vor § 13; Schönke-Baur § 30 III 1.

Einigung und Übergabe der Eintragungsbewilligung die Eintragung beantragt hat, braucht nicht zu befürchten, durch Gläubiger des Bestellers im Wege der Einzelvollstreckung beeinträchtigt zu werden.

3. Die Behandlung der Erwerberstellung im Konkurs

a) Der Schutz der Erwerberposition nach § 15 S. 2 KO

Wird der Konkurs über das Vermögen des Bestellers vor Einreichung des Eintragungsantrages eröffnet, so ist, wie sich gezeigt hat [41], der Erwerb der Hypothek gemäß § 15 S. 1 KO ausgeschlossen, weil der Erwerbsvorgang bei Wirksamwerden der Beschlagnahme noch nicht abgeschlossen war. Tritt der Konkurs nach Eingang des Antrags ein, ändert sich daran insofern nichts, als auch jetzt der Erwerbsvorgang noch nicht beendet ist. Weder § 17 GBO noch § 878 BGB unmittelbar führt zu einem anderen Ergebnis. Dagegen greift § 15 S. 2 KO ein. Er bestimmt, daß die bindende Einigung (§ 873 BGB) sobald der Eintragungsantrag gestellt ist (§ 878 BGB), auch im Konkurs standhält. Mit dem Fortwirken der Einigung besteht kein Grund mehr, die Eintragung zurückzuweisen [42]. Die Grundbuchsperre im Konkurs [43] beruht darauf, daß Eintragungsbewilligung und Einigung gemäß §§ 6, 7 KO oder § 15 KO S. 1 unwirksam sind. Die Eintragung wäre wegen Fehlens der formellen Voraussetzung gemäß § 14 GBO unzulässig und andererseits wegen Fehlens der wirksamen Einigung materiell unrichtig [44]. Deshalb entfällt mit Wirksamkeit der genannten Erfordernisse die

---

41) oben S. 15 f.
42) Jaeger 38 zu § 15, 7 zu § 133; vgl. auch Mentzel-Kuhn 18 zu § 15; Palandt-Hoche 5 b zu § 878.
43) Jaeger aaO; Mentzel-Kuhn 4 zu § 113; Planck-Strecker VII 2 c vor § 873; RGRK 3 e zu § 878; RGZ 71, 40.
44) Jaeger aaO.

Sperre [45], so daß der Eintragung und damit dem Rechtserwerb nichts mehr im Wege steht [46].

b) Die Gefährdung der Erwerberposition nach § 17 KO

Zu prüfen bleibt noch, ob sich eine Gefährdung der Erwerberstellung aus § 17 KO ergibt. In diesem Zusammenhang ist zunächst zwischen der Hypothek für eine Restkaufpreisforderung und der Hypothek für eine Darlehensforderung zu unterscheiden.

aa) bei Hypotheken für Restkaufpreisforderungen

α) Im ersten Fall ist § 17 KO unanwendbar, wenn das Grundstück übertragen und übergeben wurde, da dann der Vertrag von der einen Seite, der Verkäuferseite, bereits erfüllt ist.

β) Anders ist es, wenn die Übertragung des Eigentums am Grundstück oder die Besitzübertragung noch nicht erfolgt ist. Hier kommt die Anwendung von § 17 KO in Frage. Für die vorliegende Untersuchung ist der Fall bedeutsam, in dem die Auflassung bereits vorgenommen und die Eintragung vom Verkäufer beantragt, aber vom Gericht noch nicht durchgeführt worden ist. Weiter muß die Einigung über die Hypothekenbestellung erfolgt und der Antrag auf Eintragung der Hypothek vom Verkäufer gestellt worden

---

45) Die von Jaeger 8 zu § 15 vertretene Auffassung § 15 S. 2 schütze nur, solange der Konkursvermerk nicht verbucht ist, den des Konkurses unkundigen Gläubiger-Erwerber, steht mit der von ihm 7 zu § 133 und der auch hier vertretenen Meinung vom Zweck des Konkursvermerks und der damit verbundenen Grundbuchsperre in Widerspruch und erhebt die Grundbuchsperre, die zur Verhinderung unrichtiger Eintragung von der Rechtssprechung ausgebildet wurde, zu einer selbständigen Gültigkeitsvoraussetzung.

46) Mentzel-Kuhn 18 zu § 15; Staudinger-Seufert 12 zu § 878; RGRK 3 e zu § 878; RGZ 51, 286.

sein.

Nach sachenrechtlichen Grundsätzen kann nun der Käufer das Entstehen der Hypothek nicht mehr hindern [47]. Der Erwerb ist außerdem Beeinträchtigungen durch seine Gläubiger in der Einzelvollstrekkung und nach § 15 S. 1 KO auch im Konkurs entrückt [48]. § 15 S. 1 KO behandelt in Verbindung mit § 878 BGB den rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Immobiliarrechtes als bei Konkurseröffnung vollzogen, wenn die Einigung schon vorher bindend geworden und die Eintragung beantragt worden war [49]. Es wäre widersinnig und mit § 15 S. 2 KO, § 878 BGB nicht vereinbar, wollte man dem Erwerber seine Position über § 17 KO wieder entziehen [50]. § 17 KO ist insofern einschränkend auszulegen. Eine solche einschränkende Auslegung ist in einem anderen Fall vom Gesetz selbst vorgesehen: Nach § 24 KO wird der vorgemerkte Anspruch auf Bestellung einer Hypothek durch den Konkurs nicht berührt. Für die sonst weit stärkere Position des Erwerbers ist nichts anderes anzunehmen [51].

bb) bei Hypotheken für Darlehensforderungen

Dient die zu bestellende Hypothek der Sicherung einer Darlehensforderung, so ist zwischen dem Fall zu unterscheiden, in dem das Darlehen bereits hingegeben wurde und jenem, in dem es erst versprochen ist.

α) Im ersten Fall kommt § 17 KO nicht zur Anwendung,

---

47) oben S. 20.
48) oben S. 21 ff.
49) Böhle-Stamschräder 9 zu § 15.
50) Bauknecht NJW 1956, 1177; vgl. auch Flume, AcP 1962, 404.
51) Bauknecht aaO; Raiser, Anwartschaften S. 95; Bley Judicum IV 1932,207.

da es sich nicht um einen zweiseitigen Vertrag i.S. der genannten Vorschrift handelt [52].

β) Beim entgeltlichen Konsensualdarlehen liegt dann, wenn die Einigung über die Hypothekenbestellung besteht, die Eintragungsbewilligung erteilt und der Eintragungsantrag vom Darlehensgeber gestellt wurde, die Situation nicht anders als im vorerwähnten Fall. Eine Entziehung der Erwerberstellung durch den Konkursverwalter ist also ausgeschlossen.

γ) Beim unentgeltlichen Konsensuladarlehen scheidet eine Gefährdung nach § 17 KO von vornherein aus, weil die Voraussetzungen dieser Bestimmung nicht erfüllt sind [53]. Es besteht kein Grund das Vorliegen einer Anwartschaft zu verneinen. Eine verschiedene rechtliche Qualifizierung der Erwerberstellung, je nachdem ob das Darlehen ein verzinsbares oder unverzinsbares ist, ist aber nicht gerechtfertigt.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann gesagt werden: Die Stellung des Hypothekenerwerbers bei Fehlen der Eintragung ist dann als Anwartschaftsrecht zu bezeichnen, wenn bei Bestehen der zu sichernden Forderung und Vorliegen der dinglichen Einigung die Eintragung vom Erwerber beim Grundbuchamt beantragt wird. Der Erwerber ist dann nicht nur gegen Verfügungen des Veräußerers, sondern auch vor dem Zugriff durch dessen Gläubiger geschützt. Die Erwerbsposition genießt somit bereits einen ähnlichen dinglichen Schutz wie das Vollrecht selbst.

---

52) Enneccerus-Lehmann § 32 I 1; Böhle-Stammschräder 2 zu § 17 Jaeger 2 zu § 17; Mentzel-Kuhn 1, 6 zu § 17.
53) Jaeger 13 zu § 15; Mentzel-Kuhn 6 zu § 15.

§ 5

DIE RECHTSLAGE BEI VORMERKUNG DES ANSPRUCHS AUF ERWERB EINER HYPOTHEK

I. Problemlage

Dem Erwerb einer Anwartschaft durch Stellung des Eintragungsantrags können im Einzelfall Hindernisse entgegenstehen, etwa wenn eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Ziffer 1 BGB aussteht. Will sich der Erwerber in einem solchen Fall nicht der Gefahr einer Zurückweisung seines Antrags durch das Grundbuchamt aussetzen, so muß er die Erteilung der Genehmigung abwarten. Der Besteller ist dann in seiner Verfügung über das Grundstück zunächst nicht eingeschränkt [54]; er kann dieses veräußern oder anderweitig belasten und so den Erwerb vereiteln oder beeinträchtigen. Der Erwerber hat jedoch die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Bestellung der Hypothek dadurch zu sichern, daß er sich eine Vormerkung eintragen läßt (§ 883 BGB) [55]. Es wird daher zu untersuchen sein, wie sich seine Stellung in diesem Fall und dann gestaltet, wenn das Grundbuchamt, das infolge eines Mangels des Eintragungsantrags eine temporisierende Zwischenverfügung erlassen hat (§ 18 GBO), vor Eintragung eines Dritten den Erwerber von Amts wegen vormerkt (§ 18 Abs. 2 GBO).

---

54) S. 14 Fn 23.

55) Der Anspruch auf Bestellung der Hypothek besteht bis zum Eintritt des Rechtserwerbs, auch wenn der Besteller bereits vorher alle seinerseits erforderlichen Handlungen vorgenommen hat. So für den Anspruch auf Eigentumsverschaffung nach Auflassung: Raiser S. 29; Perry S. 60 f, 76 f; Wolff-Raiser § 48 Fn 4; Palandt-Hoche 3 c zu § 883; RGZ 113, 405.

II. Der Schutz des Vorgemerkten

1. Die Beschränkung der Verfügungsmacht des Bestellers

Die Vormerkung hindert den Besteller nicht, über das zu belastende Grundstück zu verfügen. Durch sie wird weder eine Verfügungsbeschränkung [56] begründet, noch hat sie eine Grundbuchsperre [57] zur Folge. Sie bewirkt jedoch, daß eine Verfügung dem Erwerber gegenüber insoweit unwirksam ist, als durch sie der Anspruch auf Bestellung der Hypothek beeinträchtigt würde (§ 883 Abs. 2 BGB). Für den Erwerber gilt der Besteller trotz der Veräußerung des zu belastenden Grundstücks als Eigentümer, so daß der Erwerber das Entstehen der Hypothek auch weiterhin herbeiführen kann [58]. Der neue Grundstückseigentümer ist verpflichtet, die nach § 19 GBO erforderliche Eintragungsbewilligung zu erteilen (§ 888 BGB). Hat der Besteller einem Dritten zwischenzeitlich ein beschränkt dingliches Recht eingeräumt, so ist für den Rang der später eingetragenen, aber vorgemerkten Hypothek der Zeitpunkt maßgeblich, in dem die Vormerkung eingetragen wurde (§ 883 Abs. 3 BGB).

2. Beschränkung der Zugriffsmöglichkeit durch Gläubiger des Bestellers

Diesem Schutz vor Verfügungen des Bestellers entspricht eine Sicherung gegen Eingriffe durch dessen Gläubiger. Eine

---

56) Semeka, Arch Bürg R 121 (129 Fn 24); Baur § 20 IV 1 a; Eichler II 2 S. 407; Wolff-Raiser § 48 III 1; Staudinger-Seufert 48 zu § 883; RGZ 113, 408.

57) Baur § 20 IV 1 a; Eichler II 2 S. 407; Wolff-Raiser § 48 Fn 20; RGZ 132, 424.

58) Baur § 20 IV 1 b; Eichler II 2 S. 407; Lent-Schwab § 15 IV; Wolff-Raiser § 48 III 1; a.M. Staudinger-Seufert 48 zu § 883, der den Veräußerer auch im Verhältnis zum Vormerkungsgläubiger als Nichtberechtigten ansieht, dessen Verfügung zugunsten des Gläubigers jedoch nach § 888 BGB wirksam ist.

im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragene Sicherungshypothek erhält ebenso wie die rechtsgeschäftlich bestellte den Rang nach dem vorgemerkten Anspruch [59].

Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung beeinträchtigen die Erwerberstellung gleichfalls nicht. Da durch die Beschlagnahme die Verfügungsbefugnis nicht berührt wird [60], kann die Hypothek weiter bestellt werden. Mit der Eintragung erlangt sie den Rang der Vormerkung (§ 883 Abs. 3 BGB) und wird von der relativen Unwirksamkeit der §§ 135, 136 BGB nicht betroffen.

Dementsprechend ist nach § 48 ZVG das vorgemerkte Recht bei der Festsetzung des geringsten Gebotes wie ein eingetragenes zu berücksichtigen. Geht die Hypothek mit dem Range der Vormerkung im Falle ihres Vorhandenseins dem betreibenden Gläubiger vor, so ist der vorgemerkte Anspruch als bestehenbleibend festzustellen und vom Ersteher zu übernehmen [61]. Erlischt sie dagegen durch den Zuschlag (§§ 91, 10 Ziff. 4 23 ZVG, 135 BGB), so verliert der Vorgemerkte mit diesem die Möglichkeit, die Hypothek zu erwerben. Die Vormerkung setzt sich aber ebenso wie ein aufschiebend bedingtes Recht am Erlös fort [62]. Bei Aufstellung des Verteilungsplanes ist die auf sie entfallende Summe dem Vorgemerkten zuzuerkennen und für ihn zu hinterlegen [63]. Dabei ist festzustellen, wie der Betrag zu verteilen ist, wenn der Anspruch entfällt (§ 50

---

59) Westermann § 84 III 2; Wolff-Raiser § 48 III 1; Staudinger-Seufert 49 zu § 883; Soergel-Baur 3 zu § 883.
60) Schönke-Baur § 30 III 1; Staudinger-Seufert 60 zu § 883.
61) Kretschmar Recht 1903, 589; Reichel, Iherings Jahrb 46, 59 (126); Steiner-Riedel 4 c zu § 50.
62) Fuchs 8 zu § 883 weist auf die Wesensgleichheit zwischen aufschiebend bedingtem Recht und Vormerkung hin, die er aus den Schutzwirkungen ableitet; vgl. auch Jaeger, 2,3 zu § 24: auch sonst Behandlung wie ein bedingtes Recht §§ 50, 51, 114, 119, 120, 124, 125, ZVG; Palandt 5 b aa zu § 883.
63) Bendix Gruch Beitr 49, 510 (523); Kretschmar, Recht 1903, 589; Jaeckel-Güthe 4 zu § 48; Korintenberg - Wenz 3 zu § 48; Steiner-Riedel 4 c zu § 50: §§ 119, 120 ZVG analog; RGZ 54, 209; 63, 152; OLG Dresden Seuff Arch 60, 21 (23).

Abs. 2, Ziff. 1 ZVG analog) [64].

3. Die Behandlung im Konkurs

Auch im Konkurs des Bestellers ist der vorgemerkte Erwerber geschützt. Nach § 883 Abs. 2 BGB sind Verfügungen des Konkursverwalters für ihn in gleicher Weise unwirksam wie die des Bestellers selbst. Damit ist freilich der Erwerb der Hypothek nicht gewährleistet. Der Besteller kann nach Konkurseröffnung weder die Einigung erklären und die Eintragung bewilligen (§§ 6, 7 KO), noch kann der Erwerber bei deren Vorliegen den Erwerb durch Stellung des Eintragungsantrags herbeiführen (§ 15 S. 1 KO). § 24 KO verleiht dem Vorgemerkten jedoch einen Anspruch auf Einräumung der Hypothek gegen den Konkursverwalter und erkennt der Vormerkung auf diese Weise dingliche Wirkung zu [65]. Die Vormerkung gewährt in gleicher Weise wie die Hypothek selbst ein Absonderungsrecht nach § 47 KO [66].

Die Frage, ob der Konkursverwalter die sich aus der Vormerkung ergebende Position durch Ausübung seines Wahlrechts nach § 17 KO zum Wegfall bringen kann [67], oder ob § 24 KO als Sonderbestimmung § 17 KO ausschließt [68], ist im vorliegenden Zusammenhang bedeutungslos, weil hiervon die Rechtsnatur der Erwerberstellung nicht berührt wird [69].

---

64) Steiner-Riedel 4 e zu § 50.
65) Fuchs 8 zu § 883; Jaeger 2 zu § 24; Staudinger-Seufert 62 zu § 883.
66) Jaeger 6/7, Aufl. 14 zu § 24, 8. Aufl. 14 zu § 24 unentschieden; Mentzel-Kuhn 7 zu § 24; Staudinger-Seufert 62 zu § 883; a.M. Erman-Westermann 14 zu § 883; vgl. auch RGZ 78, 71.
67) Biermann 2 zu § 886.
68) Jaeger 21 ff zu § 24; Mentzel-Kuhn 7 zu 24; Erman-Westermann 14 zu § 883; Planck-Strecker 30 zu § 883; Staudinger-Seufert 62 zu § 883.
69) oben S. 25.

III. Konstruktive Erfassung der durch die Vormerkung geschaffenen Rechtslage

Dieser auf Grund der Vormerkung dem Erwerber zukommende Schutz legt die Annahme nahe, der vorgemerkte Anspruch stelle ein Anwartschaftsrecht dar. Bei Überprüfung dieser Frage sind zwei Fälle zu unterscheiden: der, in dem die Einigung stattgefunden hat und die Eintragungsbewilligung erteilt wurde und jener, in dem das nicht zutrifft.

1. Vorliegen der Einigung und Aushändigung der Eintragungsbewilligung

Da in dem ersten Fall der Erwerb bereits soweit vorangetrieben ist, daß seine Vollendung vom Erwerber allein herbeigeführt werden kann, und da wegen der Vormerkung auch die bei Fehlen des Antrags durch den Erwerber sonst mangelnde Sicherheit gegenüber Eingriffen des Besteller, seiner Gläubiger und seines Konkursverwalters besteht, liegen die für ein Hypothekenanwartschaftsrecht zu fordernden Merkmale vor.

2. Fehlen von Einigung und Eintragungsbewilligung

Hat hingegen die Einigung noch nicht stattgefunden, und ist die Eintragungsbewilligung nicht erteilt, so ist der Vorgemerkte, wenn eines der nach §§ 1113, 873 BGB zum Entstehen eines dinglichen Rechts nötigen Erfordernisse nicht vorliegt, zunächst nur hinsichtlich der Verwirklichung des obligatorischen Anspruchs gesichert.

a) Die Notwendigkeit der Mitwirkung des Bestellers beim Entstehen der Hypothek

Um die Hypothek zu bestellen, müssen die Voraussetzungen des § 873 BGB erfüllt werden. Das bedeutet, daß das Ent-

stehen der Hypothek der Mitwirkung des Bestellers bedarf. Dieser Umstand könnte der Annahme eines Anwartschaftsrechts deshalb entgegenstehen, weil es scheint, der Hypothekenerwerb hänge noch vom Willen des Bestellers ab, der ihn infolgedessen vereiteln könne. Das trifft jedoch nicht zu. Eine Weigerung des Bestellers, die für die Errichtung der Hypothek erforderlichen Handlungen vorzunehmen, verhindert die Hypothekenentstehung nicht. Der Erwerber kann seinen Anspruch auf Vornahme dieser Handlungen klageweise durchsetzen. Die vom Besteller abzugebenden Erklärungen gelten dann mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben (§ 894 ZPO), so daß der Erwerber an der Herbeiführung der Eintragung und damit am Erwerb nicht mehr gehindert ist. Die Notwendigkeit einer Inanspruchnahme des Gerichts steht der Bejahung eines Anwartschaftsrechts nicht entgegen. Auch sonst ist die Vollendung des Rechtserwerbs häufig von der Handlung eines Dritten abhängig, etwa wenn diese zur Bedingung erhoben ist, ohne daß das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts bezweifelt würde. Das Tätigwerden des Grundbuchamtes bei Fehlen der Eintragung wird gleichfalls nicht als Hindernis angesehen.

Den Einwand, damit werde die Abgrenzung des Anwartschaftsrechts vom schuldrechtlichen Anspruch aufgehoben, weil unter Zuhilfenahme des Gerichts jede Forderung gegen den Willen des Verpflichteten den dinglichen Erfolg, auf den sie gerichtet ist, gewährt, kann man in dieser Allgemeinheit nicht erheben. Die Weigerung des Verpflichteten, den angestrebten dinglichen Erfolg herbeizuführen, ist nämlich nicht die einzige und vor allem keine endgültige Möglichkeit, den Erwerb zu verhindern. Viel schwerwiegender ist es, wenn der Verpflichtete durch eine anderweitige Verfügung die Erfüllung des Anspruchs unmöglich macht. Hieran zeigt sich der eigentliche Unterschied zwischen der rein

schuldrechtlichen Forderung und dem Bestehen einer dinglichen Zuordnung. Bei Vorliegen einer solchen ist eine den Berechtigten beeinträchtigende Verfügung nicht möglich. Insofern, aber nur insofern, ist der Satz, daß eine Anwartschaft an einem dinglichen Recht dann vorliege, wenn die Entstehung des Vollrechts nicht mehr dem Willen des Veräußerers unterliegt [70], richtig. Zwar wird in der Regel dort, wo noch eine Tätigkeit des Veräußerers aussteht, eine beeinträchtigenden Verfügungen entgegenstehende Bindung gleichfalls nicht vorliegen. Immer trifft das aber nicht zu und vor allem ist die Verbindung "Vorliegen aller vom Veräußerer zu erbringenden Handlungen - geschützte Rechtsposition" nicht notwendig. Wie die Vormerkung zeigt, ist einerseits eine dingliche Zuordnung trotz Fehlens der Übertragungshandlungen denkbar. Andererseits kann aber der Veräußerer alles zur Übertragung Erforderliche bereits getan haben, ohne daß dem Erwerber ein dinglicher Schutz zukommt. Das wird an dem Fall sichtbar, in dem die zu sichernde Forderung und die dingliche Einigung vorliegen und die Eintragungsbewilligung dem Erwerber übergeben, von diesem aber die Eintragung noch nicht beantragt worden ist. Obwohl der Hypothekenerwerb dann nur noch vom Erwerber abhängt, kann er vom Besteller durch Veräußerung des Grundstücks vereitelt werden [71].

Ist demnach als entscheidendes Merkmal für das Vorliegen einer dinglichen Bindung der Schutz gegen rechtsgeschäftliche Beeinträchtigungen und entsprechend gegen Vollstrekkungsmaßnahmen Dritter anzusehen, so kann die Tatsache, daß der Besteller die Voraussetzungen des § 875 BGB noch zu schaffen hat, der Qualifikation der durch Vormerkung gesicherten Stellung des Forderungsberechtigten als Anwartschaftsrecht nicht entgegenstehen.

---

70) Ähnlich wie hier: Hellwig S. 254; Crome, System Bd III S. 179.
71) oben S. 14.

b) Die Abhängigkeit vom Kausalgeschäft

Die Mitwirkung des Bestellers bei Begründung der vorgemerkten Hypothek kann durch Gerichtsurteil nur ersetzt werden, wenn eine Pflicht zur Hypothekenbestellung besteht. Fehlt es am pactum de hypothecando oder an einem gleichwertigen Rechtsgrund für die Bestellung der Hypothek, so ist deren Entstehen nicht zu erzwingen. Außerdem hindert in diesem Fall die Vormerkung wegen ihres streng akzessorischen Charakters die vollwirksame Übertragung und Belastung des Grundstücks nicht. Dritte können das Eigentum oder beschränkte dingliche Rechte an dem Grundstück erlangen, ohne daß sich der Erwerber auf die Unwirksamkeit nach § 883 Abs. 2 BGB berufen kann. In diesem Fall besteht daher kein Anwartschaftsrecht. Die durch die Vormerkung vermittelte Stellung ist also, anders als die Hypothek, von dem Vorliegen und der Gültigkeit des pactum de hypothecando abhängig.

Diese Abhängigkeit der Erwerberstellung vom Kausalverhältnis könnte Zweifel an deren Kennzeichnung als Anwartschaftsrecht begründen [72]. Es gehört zu den charakteristischen Eigenschaften der Hypothek, daß sie abstrakt ist. Deshalb liegt der Schluß nahe, auch das Anwartschaftsrecht müsse vom Grundgeschäft unabhängig sein.

Eine solche Annahme wäre jedoch zu stark im Begrifflich-Formalen verhaftet; sie würde dem Wesen der Anwartschaft, die funktionell ein Stadium in der Entwicklungskette von der Forderung auf Verschaffung eines Rechts zu dessen Innehabung darstellt, nicht gerecht. Entsprechend der Zwischenstellung braucht die Position des Erwerbers vom Schuldverhältnis noch nicht vollständig gelöst zu sein [73];

72) Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 175.
73) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermine Beilage III, S. 600 f; Raiser, S. 29 ff isb. S. 31; Semeka, Arch Bürg R 25, 121 (134 ff isb. 139); Wolff-Raiser § 2 II 3 b.

so besteht auch die Forderung bis zur Vollendung der Rechtsänderung, auf die sie gerichtet ist, fort [74]. Man kann geradezu sagen, es liege im Wesen des Entwicklungszustandes von der Forderung zum dinglichen Recht begründet - zumindest ist es mit seinem Wesen vereinbar -, daß die dem Vollrecht eigene Abstraktheit noch fehlt. Was sich im vorliegenden Falle zeigt, ist nichts Außergewöhnliches. Das Recht des Vorbehaltskäufers wird allgemein als Eigentumsanwaltschaft bezeichnet, obwohl dessen Erwerb gleichfalls vom Bestehen eines gültigen Kaufvertrages abhängt, da ohne einen solchen die den Rechtsübergang bewirkende Zahlung des Restkaufpreises (§§ 453, 162 BGB) nicht möglich wäre. Es besteht deshalb auch kein Grund, den vorgemerkten Anspruch nicht als Anwartschaftsrecht zu bezeichnen [75]. Das gilt sowohl für die rechtsgeschäftlich begründete als auch für die von Amts wegen eingetragene Vormerkung. Beide äußern in den hier entscheidenden Punkten die gleiche Wirkung [76], denn es ist Zweck der Vormerkung von Amts wegen, die durch den Antrag erlangte Rechtsstellung zu erhalten [77].

---

74) vgl. Fn 55; a.M. Bauknecht NJW 1955, 1251, Letzgus S. 18; RGZ 85, 404.

75) Semeka Arch Bürg R 25, 121 (130, 135); Eichler II 2 S. 402; vgl. Endemann II § 111, 4 b; Crome, System I § 33 S. 176, § 445 S. 376 Nr. 16; Jaeger 2 zu § 24: Die wesentlichste Wirkung der Vormerkung steht in vollem Einklang mit dem die Rechtsfolge aufschiebend bedingter Verfügungen regelnden § 161; vgl. auch aaO 3; ähnlich Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 615: "Erwerbsberechtigung"; a.M. v. Tuhr I, 1 S. 190; Westermann § 84 I 2 b; Wolff-Raiser § 48 VII 2; Planck-Strecker 2, 3 zu § 883; Güthe-Triebel 14 zu § 25 mit kritischer Literaturübersicht, auf die im übrigen verwiesen wird.

76) du Chesne LZ 1911, 511 (516 ff); vgl. Westermann § 84 VI 1; Wolff-Raiser § 48 II 1; Jaeckel-Güthe 4 zu § 18; Jaeger 7 zu § 24; RGZ 55, 343, a.M. Mentzel-Kuhn 1 zu § 24; RGRK 2 h zu § 883.

77) du Chesne LZ 1911, 511 (514); Baur § 16 VI 4; Westermann § 84 VI 1.

IV. Der Zeitpunkt der Entstehung der Anwartschaft

Das Anwartschaftsrecht, das die Vormerkung gewährt, entsteht nicht erst mit deren Eintragung. Da die Vormerkung, wie wir gesehen haben, bereits eine dingliche Beziehung zu dem Grundstück herstellt, das sie betrifft [78], ist ihre Bewilligung mit der h.M. als ein der Einigung ähnliches Verfügungsgeschäft anzusehen [79]. § 878 BGB ist deshalb auf die Vormerkung entsprechend anwendbar [79]. Damit werden die Wirkungen der Vormerkung auf den Zeitpunkt vorverlegt, in dem ihre Eintragung beantragt wird. Von da an übt sie ihre den Erwerb sichernde Funktion aus. Der Erwerber erlangt daher das Anwartschaftsrecht sobald er [80] die Eintragung der Vormerkung beantragt hat.

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann demnach gesagt werden, daß im Verlauf des Hypothekenerwerbs ein Anwartschaftsrecht vorliegt, wenn

a) die dingliche Einigung stattgefunden hat und die Eintragung vom Erwerber beim Grundbuchamt beantragt oder

b) für den Erwerber ein tatsächlich bestehender Anspruch auf Bestellung der Hypothek im Grundbuch vorgemerkt worden ist.

---

78) BGHZ 128, 186.

79) Westermann § 84 II 4; Wolff-Raiser, § 38 V Fn 37; Palandt-Hoche 2 zu § 878; Planck 2 b zu § 885; Soergel 1 zu § 878; Staudinger-Seufert 2 e zu § 878 unter Aufgabe der gegenteiligen Meinung in der Vorauflage; Meikel-Imhof-Riedel 125 vor § 13; Henke-Mönch-Horber 3 C a zu § 13; BGHZ 128, 186; Bay OLG NJW 1954, 1120; a.M. Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 185; Reichel Iherings Jahrb 46, 59(140); Biermann 1 a zu § 885; Förster-Thurnau I S. 165; Jaeger 9 zu § 24; Staudinger-Kober 3 b zu § 885.

80) Der Antrag muß vom Vormerkungsberechtigten gestellt sein. Vgl. dazu oben S. 19 ff.

§ 6

DIE RECHTSLAGE BEI EINTRAGUNG EINER HYPOTHEK UND FEHLEN DER FORDERUNG

I. Kennzeichnung des Sachverhalts

Die Bestellung der Hypothek erfolgt nicht immer in der Weise, daß die Eintragung der Forderungsbegründung folgt. Die Hypothek wird für den Erwerber häufig im Grundbuch eingetragen, ehe die zu sichernde Forderung entstanden, zum Beispiel bevor die Darlehensvaluta ausgezahlt worden ist. In diesem Fall ist der Erwerber noch nicht Inhaber der Hypothek (§§ 1163, 1177 BGB). Er erlangt sie aber, wenn die zu sichernde Forderung entsteht, insbesondere wenn er das zu sichernde Darlehen auszahlt. Die bis dahin dem Grundstückseigentümer zustehende Eigentümergrundschuld verwandelt sich dann in eine Fremdhypothek [81].

II. Der dingliche Charakter der Position des Erwerbers

Hieraus ergibt sich für die vorliegende Arbeit die Frage, ob und inwieweit die geschilderte Position die Eigenschaften

81) Baur § 37 II 3; Eichler II 2 S. 442; Westermann § 96 A II 3; Wolff-Raiser § 145 II; Planck-Strecker 3 e zu § 1163; Staudinger-Scherübl 16 zu § 1163; Hirsch Arch Bürg R 25, 222 (235); a.M. Bourier ZAKDR 1937, 524; Sternberg Ihe - rings Jahrb 62, 377 (404 f); Brandt DR Wiss 1938, 63, die die noch nicht valutierte Hypothek als eine Fremdgrundschuld des eingetragenen Gläubigers betrachten, da § 1163 Abs. 1 BGB voraussetze, daß die Forderung endgültig ausgefallen sei. Eine vorläufige Eigentümergrundschuld bestehe nur im Fall des § 1163 Abs. 2 BGB. § 1163 bezweckt jedoch, das Entstehen einer Fremdhypothek ohne Forderung zu verhindern. Er deckt deshalb auch unseren Fall. Vgl. Wolff-Raiser § 145 Fn 6; Boehmer ZAKDR 1940, 241.

der Hypothek bereits in einem solchen Maße aufweist, daß von einem Anwartschaftsrecht gesprochen werden kann. Als entscheidendes Merkmal für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts wurden oben [82] die Schutzwirkungen erkannt, in denen sich die Zuordnung zu einem Vermögen schon in einem Zeitpunkt manifestiert, in dem die aktiven Befugnisse mangels der Vollendung des Erwerbstatbestands noch nicht ausgeübt werden können. Demnach wird zu prüfen sein, ob dem Erwerber bei Fehlen der Forderung schon eine der dinglichen Sicherheit des Hypothekengläubigers vergleichbare Stellung zukommt, mit anderen Worten, ob die Position des Erwerbers Verfügungen des Bestellers und Zugriffen durch dessen Gläubiger entzogen ist.

1. Beschränkung der Verfügungsmacht des Bestellers

a) Schutz der Erwerberstellung gegen Verfügungen über das Grundstück

α) Eine Belastung des Grundstücks kommt als beeinträchtigende Verfügung nicht in Frage. Da für den Rang der zukünftigen Hypothek nicht der Zeitpunkt des Entstehens der gesicherten Forderung, sondern derjenige der Eintragung maßgeblich ist (§ 879 BGB), können beschränkt dingliche Rechte nur noch im Rang nach der Hypothek begründet werden.

β) Auch die Veräußerung des Grundstücks beeinträchtigt die Erwerberstellung nicht. Die Eigentümergrundschuld ist dem Eigentum gegenüber derart verselbständigt, daß sie bei dessen Übertragung unter Verwandlung in eine Fremdgrundschuld in der Hand des früheren Eigentümers bestehen bleibt [83]. Damit bleibt auch die Stellung

82) oben S. 4 f.
83) Ackermann DNotZ 36, 240 (244, 245); Boehmer ZAKDR 40, 241 (243), 242; Eichler II 2 S. 443; Westermann § 96 A II 3; Wolff-Raiser § 144 III, § 145 III; Planck-Strecker 3 a, c zu § 1163; jetzt auch RGRK 3 b zu § 1163; RGZ 153, 167.

des Erwerbers unverändert.

b) Schutz vor Beeinträchtigung durch Veräußerung der Eigentümergrundschuld

α) Der Übergang der Eigentümergrundschuld und damit eine Beeinträchtigung des Erwerbers ist nur auf Grund eines selbständigen Übertragungsaktes nach §§ 1154, 1153, 873 BGB denkbar. Die hierzu nötige Einigung stößt auf keine Schwierigkeiten. Anders verhält es sich jedoch mit der Eintragung. Sie ist wegen §§ 39 und 19 GBO nur möglich, wenn der Besteller selbst als Berechtigter eingetragen ist [84]. Da dies nicht zutrifft, müßte zunächst das Grundbuch berichtigt werden. Es kommt also darauf an, ob der Besteller diese Grundbuchberichtigung gegen den Willen des Erwerbers herbeizuführen vermag.

β) Voraussetzung für eine Grundbuchberichtigung ist nach § 894 BGB, daß der Inhalt des Grundbuchs mit der wahren Rechtslage nicht im Einklang steht. Das ist hier der Fall. Das Grundbuch bezeichnet den Erwerber als Hypothekengläubiger. Die gesicherte Forderung ist aber mangels Auszahlung des Darlehens noch nicht entstanden. Deshalb fehlt die Hypothek noch. Die an ihre Stelle tretende Grundschuld steht dem Eigentümer zu (§§ 1163, 1177 BGB). Gleichwohl besteht kein Berichtigungsanspruch [85].

---

84) Westermann § 76 II 8; Wolff-Raiser § 146 III 1 b; Planck-Strecker 3 a zu § 1163; Staudinger-Scherübl 16 e zu § 1163.

85) Diese überwiegend vertretene Meinung wird auf verschiedene Weise begründet:
Zum Teil wird ausgeführt, der Erwerb der Hypothek sei in diesen Fällen von einer gesetzlichen Bedingung, nämlich dem Wirksamwerden der Forderung abhängig. Deshalb sei § 161 BGB anzuwenden. So Baur § 46 III 1 a; Staudinger-Scherübl 16 e zu § 1163.
Lent ZAKDR 1937, 37 (41); Boehmer ZAKDR 1940, 241 (242); Dempewolf MDR 1957, 458; Westermann § 96 A II 3; Planck-Strekker 3 a zu § 1163 meinen, die Eigentümergrundschuld sei ein nur vorläufiges Recht. Ein solches könne nicht eingetragen werden.
Von Ackermann DNotZ 1936, 241 (242); Wolff-Raiser § 145 II und Fn 12 aaO schließlich wird die Meinung vertreten, der Berichtigungsanspruch sei mit dem Recht auf Hypothekenbestellung nicht vereinbar.

Der Besteller würde sich mit seinen Pflichten aus dem pactum de hypothecando in Widerspruch setzen, wenn er den Berichtigungsanspruch erhöbe, obgleich die Eintragung in Erfüllung vertraglicher Pflichten erfolgte [86]. Es handelt sich aber nicht nur um die Arglisteinrede oder um die Einrede der Vertragsverletzung. Die Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung wird in § 1163 Abs. 2 BGB ausdrücklich vorgesehen. Welchen Sinn sollte diese Regelung haben, wenn der Besteller alsbald wieder die Berichtigung verlangen könnte. Die Erwerberposition wird vom Gesetz nicht den anderen Fällen, in denen die Forderung fehlt, gleichgesetzt. Sie weist gegenüber der Stellung der übrigen zu Unrecht eingetragenen Hypothekengläubiger eine Besonderheit auf: die gesicherte Forderung ist weder erloschen noch endgültig nicht entstanden, sie steht lediglich bis zur Zahlung der Darlehenssumme aus. Erkennt das Gesetz die Verknüpfung eines Grundpfandrechts mit einer Forderung bereits vor deren Entstehen an, wenn die Forderung nach Inhalt und Modalitäten bestimmt ist [87] und die Rechtslage eine hinreichende Gewähr für ihr Entstehen bietet [88], so kann eine derartige Bindung, solange die künftige Forderung besteht, nicht mehr einseitig gelöst werden [89]. Die Erwerberposition ist demnach in ihrem Bestand von der künftigen Forderung abhängig. Sie entfällt, sobald sich herausstellt, daß die Forde-

86) Ackermann DNotZ 1936, 241 (242); Wolff-Raiser § 145 II und Fn 12 aaO.
87) vgl. § 1115 BGB; Boehmer ZAKDR 40, 173 (174); Lent DNotZ 1937, 286 (287).
88) Boehmer ZAKDR 40, 173 (174); Eichler II 2 S. 442; Westermann § 95 II 1; Planck-Strecker 5 g zu § 1113; KGJ 37, 282; 40, 145.
89) ähnlich: Ackermann DNotZ 1936, 240 (243); Lent ZAKDR 37, 39, 40.

rung nicht entstehen wird, mit der gewöhnlichen Folge der §§ 1163, 1177 BGB. Die vorläufige Eigentümergrundschuld verwandelt sich in eine endgültige. Es wird deshalb zu prüfen sein, ob der Besteller das Entstehen der Forderung verhindern kann, und gegebenenfalls, ob der Position des Erwerbers ein Schutz zukommt, der ihre Bezeichnung als Anwartschaftsrecht rechtfertigt.

c) Schutz gegen Vereitelung des Entstehens der Forderung

Die Frage nach der Möglichkeit des Erwerbers, die Forderung auch gegen den Willen des Bestellers zum Entstehen zu bringen, legt eine analoge Anwendung des § 162 BGB nahe. Nach dieser Bestimmung gilt eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Bedingung als eingetreten, wenn sie von der Partei, zu deren Nachteil sie gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wurde. In dem hier zu erörternden Fall wird das Entstehen des Vollrechts allerdings nicht durch das Fehlen einer rechtsgeschäftlich vereinbarten, sondern einer gesetzlich geforderten Entstehungsvoraussetzung gehindert. Daß deren Eintritt die Entgegennahme des Darlehens, also noch eine Handlung erfordert, schließt die Annahme einer sogenannten Rechtsbedingung nicht aus. Da das Darlehen nicht notwendig an den Besteller, sondern häufig an einen Dritten gezahlt wird, ist die Vollendung des Erwerbstatbestandes nicht von dem Besteller als solchem abhängig. Die Möglichkeit seiner Einflußnahme auf den Eintritt oder Nichteintritt des für die Rechtsänderung noch fehlenden Umstandes ist unschädlich, sie wird von § 162 BGB geradezu vorausgesetzt.

α) Die Ähnlichkeit der Stellung des Erwerbers mit der des bedingt Berechtigten legt eine gleiche Behandlung nahe[90].

90) Lent ZAKDR 1937, 37 (38); Ackermann DNotZ 1936, 241 (244); dagegen ders. aaO 347; Boehmer ZAKDR 40, 240 (242), ders. aaO 173 (174): "gleichartige Rechtsteilung".

Es muß jedoch untersucht werden, ob der Umstand, daß das fehlende Entstehungserfordernis nicht auf Parteivereinbarung beruht, sondern gesetzlich vorgeschrieben ist, eine Analogie verbietet.

Diese Frage kann nicht generell für das gesamte Bedingungsrecht beantwortet werden [91]. Sie ist vielmehr für jede Norm gesondert zu prüfen. Entsprechend deren jeweiligem Zweck kann die Anwendbarkeit der §§ 158 ff BGB verschieden zu beurteilen sein. Bei Schutzvorschriften wird es maßgeblich darauf ankommen, wie weit der Erwerbsvorgang fortgeschritten ist, insbesondere ob er der Einflußnahme des Bestellers bereits entzogen ist, während die Frage, ob das noch ausstehende Erfordernis auf Vereinbarung oder dem Gesetz beruht, untergeordnete Bedeutung hat. Bei § 162 BGB ist dagegen der Grund für das Entstehungserfordernis ausschlaggebend.

Die fingierte Vollendung des Erwerbstatbestands nach § 162 BGB beruht auf dem Gedanken des venire contra factum proprium [92]. Ein solches liegt bei Verhinderung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals nicht, oder nicht in dem Maße vor, wie bei einer vereinbarten Bedingung. Wenn sich der Besteller auf das Fehlen einer gesetzlichen Voraussetzung beruft, wird darin im allgemeinen auch dann keine Treuwidrigkeit liegen, wenn er es selbst verursacht hat [93]. Vor allem aber kann die besondere dingliche Wirkung des § 162 BGB nicht auf das Fehlen einer Rechtsbedingung übertragen werden. Der durch das Rechtsgeschäft Belastete hätte sonst die Möglichkeit, zwingende gesetzliche Vorschriften zu ver-

---

91) Forkel S. 52.
92) Enneccerus-Nipperdey § 197 IV; Lehmann § 35 A 2 b; Erman-Hefermehl 1 zu § 161.
93) Vgl. Staudinger-Weber 596 zu § 242; Enneccerus-Nipperdey § 154 III 4; Planck 3 b zu § 125; RGRK 1 zu § 125; RGZ 52, 5; 55, 372; weitere Nachweise Staudinger-Weber aaO.

eiteln. Er könnte zum Beispiel dadurch, daß er eine im Allgemeininteresse geforderte Genehmigung nicht beantragt, diese überhaupt umgehen. Die analoge Anwendung des § 162 BGB ist deshalb abzulehnen [94].

/3) Als weitere Möglichkeit, die künftige Forderung zu aktualisieren, kommt eine Hinterlegung gemäß §§ 372 ff BGB in Betracht. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß der Erwerber zur Leistung verpflichtet ist. Das wird zwar in der Regel zutreffen. Denn der Besteller wird dem Erwerber die für ihn mit Kosten und Gefahren verbundene Grundbuchstellung meist nur dann einräumen, wenn er die Leistung der Darlehenssumme fordern kann. Es fragt sich aber, ob die damit dem Erwerber bei Annahmeverzug des Bestellers offenstehende Gelegenheit zur Hinterlegung geeignet ist, den gesicherten Anspruch auf Darlehensrückzahlung zu begründen.

Nach § 378 BGB hat die Hinterlegung, wenn auf die Rücknahme der hinterlegten Sache verzichtet wird, schuldbefreiende Wirkung. Dem Schuldner ist damit aber nur die Möglichkeit geboten, sich von der Leistungspflicht und den damit verbundenen Risiken zu befreien [95]. Der Erwerber hätte mit der Hinterlegung lediglich die von ihm zu erwartenden Erfüllungshandlungen vorgenommen; der Erfüllungserfolg wäre noch nicht eingetreten. Dazu wäre die Überführung der Summe als Darlehen in das Vermögen des Bestellers erforderlich [96], was ohne dessen Annahme nicht möglich ist. Dieser Standpunkt des Gesetzes ergibt sich aus § 379 BGB, der bestimmt, daß das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag nach Ablauf von 30 Jahren erlischt. Demnach steht dem

---

94) Enneccerus-Nipperdey § 197 III; Lehmann § 35 A VI 2 b unentschieden; Staudinger 6 zu § 162; a.M. Örtmann, Rechtsbedingung S. 155; RGZ 129, 357 (367); OGHZ 3, 250 (252).
95) Enneccerus-Lehmann § 66 I; Esser § 741; Larenz I § 27 I.
96) Esser § 150 1 isb. c; Larenz II § 47 I.

Gläubiger nur ein Erwerbsrecht zu [97]; denn wenn er durch die unter Rücknahmeverzicht erfolgte Hinterlegung Eigentümer des Geldes geworden wäre, könnte ihm sein Recht nicht nach Ablauf einer Frist wieder entzogen werden. Zudem bestimmen §§ 7 bis 9 Hinterlegungsordnung, daß der Fiskus das Eigentum an hinterlegten Geldern erwirbt. Erst mit der Erklärung der Annahme geht der hinterlegte Betrag in das Vermögen des Bestellers über. Gerade hiervon hängt aber das Entstehen des Rückforderungsanspruchs [98] und damit der Erwerb der Hypothek ab. Da Gegenleistung für die Überlassung des Darlehens die Darlehenszinsen [99] sind, nicht aber der Rückforderungsanspruch [100] oder die ihn lediglich sichernde Hypothek, kann der Erwerber im Falle der Hinterlegung zwar die Darlehenszinsen fordern [101], die Hypothek erlangt er jedoch nicht. Auch die Hinterlegung eröffnet mithin keine Möglichkeit, den Hypothekenerwerb wider Willen des Bestellers zu vollenden.

γ) In vielen Fällen wird der Darlehensempfänger jedoch nicht nur einen Anspruch auf Leistung der Darlehenssumme haben, sondern er wird seinerseits zu dessen Annahme verpflichtet sein. Der Erwerber, der Geld anlegen will, kann ein Interesse daran haben, daß der von ihm zu erbringende Betrag auch wirklich als Darlehen entgegengenommen wird. Häufig wird die Hypothek für einen Waren-

---

97) Enneccerus-Lehmann § 66 I 4, II 2; Larenz I § 27 II; Esser § 74 5: durch den schuldtilgenden Rücknahmeverzicht könne keine sachenrechtliche Änderung eintreten. Eine solche setze eine Annahmeerklärung i.S. v. § 376 Abs. 2 Ziff 2 BGB voraus.
98) Esser § 150 1 isb. c; Larenz II § 47 I.
99) Esser § 149 I; Larenz II § 47 I,II.
100) Esser § 149 4.
101) Enneccerus-Lehmann § 67 II 1; Larenz I § 18 I im Zusammenhang mit II § 47 I.

kredit eingeräumt, wobei regelmäßig eine Verpflichtung zur Abnahme einer bestimmten Warenmenge besteht (§ 443 BGB). In diesen Fällen kann sich der Erwerber einen Anspruch auf Entgegennahme der Darlehensvaluta ausdrücklich oder stillschweigend ausbedingen. Ob das letztere zutrifft, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen. Mit Rücksicht auf die allgemeine Interessenlage in § 609 Abs. 2 BGB wird man die Frage für unverzinsliche Darlehen in der Regel verneinen und bei erheblich längerer als der gesetzlichen Kündigungsfrist des § 609 Abs. 2 BGB und günstiger Verzinsung häufig bejahen können. Der Erwerber ist dann in der Lage, das Entstehen der gesicherten Forderung im Klagewege zu erzwingen. Auf Grund des die Annahmeverpflichtung aussprechenden Urteils, das nach § 894 ZPO die Übereignungserklärung ersetzt, kann der Erwerber die Darlehenssumme bzw. die Waren einem Sequester aushändigen, der sie für den Darlehensempfänger entgegennimmt. Damit hat der Erwerber die Möglichkeit, die Vollendung des Hypothekenerwerbs zu bewirken. Die Abhängigkeit der Vollendung des Erwerbs vom Darlehensvorvertrag ist unschädlich. Abgesehen davon, daß es dem Wesen des Übergangszustands zwischen Forderung und dinglichem Recht entspricht, wenn dieser vom Kausalverhältnis noch nicht vollständig gelöst ist [102], stellen der Darlehensvorvertrag bzw. der Warenlieferungsvertrag nicht das Kausalverhältnis für die Hypothekenbestellung dar.

Wie gestaltet sich aber die Lage des Erwerbers, wenn keine Verpflichtung zur Annahme der Darlehensvaluta besteht, der Erwerb also durch die endgültige Weigerung, die Darlehensvaluta entgegenzunehmen, verhindert werden kann? Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß eine An-

---

102) oben S. 35.

nahmeverpflichtung in der Regel dann fehlen wird, wenn das Darlehen jederzeit fristlos kündbar ist. In diesen Fällen kann aber auch die Hypothek durch Darlehensrückzahlung zum Fortfall gebracht werden. Die Beeinträchtigungsmöglichkeit der Erwerberstellung durch Ablehnung des Darlehens stellt demnach keine dieser Position spezifische Schwäche dar, sie kann vielmehr je nach den Modalitäten der gesicherten Forderung auch der Hypothek selbst anhaften. Sie folgt nicht aus der Tatsache, daß die Hypothekenbestellung noch nicht vollendet ist, sondern aus der Verkoppelung mit einer Forderung, die ebenso wie bei der Hypothek selbst jederzeit zum Erlöschen gebracht werden kann. Die geschilderte Angreifbarkeit der Erwerberstellung ist also lediglich eine Folge der Akzessorietät. Dies zeigt sich auch daran, daß die geschilderte Beeinträchtigung nicht notwendigerweise vom Besteller ausgeht [103]. Die Hypothek braucht nicht eine Schuld des Bestellers zu sichern, sondern sie wird häufig für die Forderung gegen einen Dritten bestellt. Hier kann der Eigentümer-Besteller den Erwerb nicht mehr aufhalten, wohl aber der Dritte.

2. Schutz des Erwerbs gegen den Zugriff der Gläubiger des Bestellers

a) Vollstreckung in das Grundstück des Bestellers

α) Eine Beeinträchtigung durch Eintragung einer Zwangshypothek (§ 867 ZPO) ist aus den gleichen Gründen nicht zu befürchten, aus denen die rechtsgeschäftliche Begründung beschränkt dinglicher Rechte für die Erwerber-

---

103) vgl. Lent ZAKDR 37, 37 (39); Boehmer ZAKDR 40, 240 (242): Vollendung des Hypothekenerwerbs durch außerhalb der Erwerbshandlungen liegenden Umstand.

stellung unschädlich ist: Die Zwangshypothek entsteht im Rang nach der bereits eingetragenen Hypothek für die zukünftige Forderung.

β αα) Die Beschlagnahme berührt die Erwerberstellung ebenfalls nicht. Die mit der Eintragung entstandene Eigentümergrundschuld wird von ihr nicht erfaßt. Da die Belastung des Grundstücks bereits mit der Eintragung der Hypothek vollzogen ist und die dem Eigentum gegenüber verselbständigte Eigentümergrundschuld ein gleiches Befriedigungsrecht gewährt wie die Hypothek, ergibt sich aus dem Entstehen der Forderung für den betreibenden Gläubiger keine Änderung,so daß die Beschlagnahme für die Valutierung bedeutungslos ist (§ 23 ZVG, §§ 135, 136 BGB) [104].

ββ) Aber auch der Zuschlag berührt die Erwerbsposition nicht. Steht die Hypothek für die zukünftige Forderung im Rang vor dem betreibenden Gläubiger, so bleibt sie erhalten und wird als vorläufige Fremdschuld des ehemaligen Eigentümers von dem neuen Eigentümer übernommen (§§ 52 Abs. 1 S. 1, 44, 49 Abs. 1 ZVG). Ist sie dagegen rangschlechter, so erlischt sie (§ 52 Abs. 1 S. 2 ZVG) und setzt sich gegebenenfalls am Versteigerungserlös fort. In beiden Fällen ist das Recht des Bestellers nur vorläufig. Es geht mit dem Entstehen der Forderung auf den Erwerber über [105].

γγ) Die Erwerbsposition könnte schließlich im Verteilungstermin ihr Ende finden, wenn mit der Festset-

104) Ackermann DNotZ 36, 241 (244); Biermann Bank Arch 7, 260 (261).

105) Planck-Strecker 6 a zu § 1190; Staudinger-Scherübl 12 h zu § 1190; RGRK 1 i zu § 1190; Jaeckel-Güthe 6 zu § 114; Steiner-Riedel 6 zu § 114; Sternberg Iherings Jahrb 62, 377 (458 ff).

zung der Forderungen, die aus dem Grundstück zu befriedigen sind, auch endgültig bestimmt werden müßte, wem der Versteigerungserlös zuzuteilen ist. Das trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu: Das ZVG kennt Fälle, in denen der Erlös nicht sogleich ausgezahlt, sondern bis zur Hebung bestehender Unklarheiten hinterlegt wird (§§ 120 ff ZVG). Es ist daher zu prüfen, ob diese Vorschriften im vorliegenden Zusammenhang anwendbar sind. § 126 ZVG setzt voraus, daß die Person des Berechtigten unbekannt ist. Er deckt nicht unseren Fall, da über den derzeitigen Inhaber des sich an dem Erlös fortsetzenden Pfandrechts kein Zweifel besteht.

Nach § 120 ZVG kann der Erlös des weiteren hinterlegt werden, wenn der Anspruch auf Befriedigung aufschiebend bedingt ist. Die Stellung des bedingt Berechtigten ist hier wie auch sonst weitgehend der des Hypothekenerwerbers vor Valutierung vergleichbar. Würde der Besteller Zahlung erhalten, so verlöre der Erwerber wie der bedingt Berechtigte die Möglichkeit, das Befriedigungsrecht zu erlangen, während der Besteller ebenso wie der auflösend bedingt Berechtigte mit der endgültigen Zuteilung des auf die Grundschuld entfallenden Betrages mehr erhielte, als ihm vor der Verteilung zukam.

Eine Vorschrift, die für die Behandlung der Erwerberstellung auf § 120 ZVG Bezug nähme, besteht nicht. Insbesondere enthält § 14 ZVG keine Verweisung; er betrifft nur Ansprüche mit einem unbekannten Betrag, wogegen im vorliegenden Fall das Recht auf Befriedigung aus dem Erlös der Höhe nach bestimmt ist [106]. Selbst wenn, wie bei der Höchst-

106) Vgl. Jaeckel-Güthe 2 zu § 120; Baur § 42 III 2 b.

betragshypothek, die Forderung nur teilweise entstanden ist, läßt es sich im Zeitpunkt der Verteilung genau feststellen, wieviel der Besteller und wieviel der Erwerber zu beanspruchen hat [107]. Es kommt daher nur eine analoge Anwendung des § 120 ZVG in Betracht.

Wenn oben [108] die analoge Anwendung der Bedingungsvorschriften auf die Erwerberstellung abgelehnt wurde, so nicht deshalb, weil der Unterschied zwischen der Position des Inhabers einer Hypothek für eine zukünftige Forderung und der des bedingt Berechtigten eine Analogie schlechthin ausschließen würde. Es wurde bereits angedeutet, daß das Postulat der Rechtssicherheit zwar die Fiktion einer gesetzlich geforderten Entstehungsvoraussetzung verbietet, im übrigen aber je nach dem Zweck der betreffenden Bestimmung eine entsprechende Anwendung der Bedingungsvorschriften denkbar sei. Sie ist für § 120 ZVG zu bejahen. Die in ihm enthaltene Regelung dient der Aufrechterhaltung der Stellung des bedingt Berechtigten, nicht ihrer Vollendung. Dafür ist es entscheidend, wieweit das entstehende Recht im übrigen bereits aus dem Vermögen des Bestellers gelöst und dem des Erwerbers zugeordnet ist. Der Grund der noch fehlenden Entstehungsvoraussetzung tritt zurück.

Es wurde bereits dargelegt, daß die Position des Erwerbers Eingriffen des Bestellers weitgehend entzogen ist. Veräußerung und Belastung des Grundstücks beeinträchtigen sie nicht mehr. Über die

---

107) Westermann § 111 III 3 a; Wolff-Raiser § 153 III; Planck-Strecker 6 a zu § 1190.
108) oben S. 42 f.

vorläufige Eigentümergrundschuld ist eine Verfügung nicht möglich [109]. Das Korrelat der Verfügungsgewalt des Berechtigten ist im allgemeinen die Vollstreckungsmöglichkeit seiner Gläubiger. Dem entspricht es, daß im vorliegenden Fall Beschlagnahme und Versteigerung des belasteten Grundstücks die Erwerberstellung nicht mehr berühren. Dieser Schutz gleicht dem des bedingt Berechtigten nach § 161 Abs. 1 S. 1 und 2, 1. Hs. BGB. Er rechtfertigt es, in analoger Anwendung des § 120 ZVG die Erwerberstellung auch über den Verteilungstermin hinaus zu erhalten und den Betrag, an dem sich die vorläufige Eigentümergrundschuld fortsetzt, bis zum Entstehen der Forderung oder ihrem endgültigen Wegfall zu hinterlegen [110]. Die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück beeinträchtigt demnach die Stellung des Erwerbers nicht.

Bei der Vollstreckung im Wege der Zwangsverwaltung ergeben sich insoweit keine Abweichungen [111].

b) Vollstreckung in die Eigentümergrundschuld

Über die Form, in der die Pfändung der Eigentümergrundschuld vorzunehmen ist, herrscht Streit. Zum Teil, vor allem in der Praxis, wird in Anlehnung an §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO die Ansicht vertreten, sie habe in der gleichen Weise wie bei der Grundschuld durch Pfändung und Eintragung ins Grundbuch zu erfolgen (§§ 830, 857 Abs. 6 ZPO)[112].

109) oben S. 39 ff.
110) wie hier Sternberg Iherings Jahrb 62, 377 (474); Reinhard Recht 1918, 357 (359); Jaeckel-Güthe 6 zu § 114; Steiner-Riedel 3 b aa zu § 114; a.M. Staudinger-Scherübl 12 h zu § 1190; Planck-Strecker 6 a γ zu § 1190; RGRK 1 i zu § 1190.
111) vgl. Zitate Fn 105.
112) Hirsch Arch Bürg R Bd 25, 222 (246); Sydow-Busch 11 zu § 857; Baumbach-Lauterbach 5 c zu § 857; RG in ständ. Rspr.: RGZ 55, 379; 56, 13, 185 u.a.

Andere Autoren erklären § 857 Abs. 1 S. 2 ZPO für anwendbar und halten daher eine Eintragung für die Wirksamkeit der Pfändung nicht erforderlich [113].

Meines Erachtens ist der zuerst genannten Auffassung der Vorzug zu geben. Nach § 1196 BGB umfaßt der Begriff der Grundschuld auch die Eigentümergrundschuld. Es gelten für sie im wesentlichen die die Grundschuld regelnden Bestimmungen, insbesondere die für Übertragung und Verpfändung bestehenden Formvorschriften (§ 1196 BGB). Es gibt keinen Grund, die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des Vollstreckungsrechts (§§ 857 Abs. 6, 830 ZPO) abweichend von dem gesetzlichen Sprachgebrauch auf Fremdgrundschulden zu beschränken. Der Einwand, die Eigentümergrundschuld sei nur eine Denkform, um verselbständigte Teile des Eigentums vor dem Nachrücken Dritter zu schützen [114], ist nicht stichhaltig. Die Eigentümergrundschuld mag zwar inhaltlich einen "Eigentumssplitter" [114] darstellen. Das geltende, unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ausgestaltete Hypotheken- und Grundschuldrecht faßt sie aber nicht so auf, sondern konstruiert sie als Sonderfall der Grundschuld. Es sind offenbar in erster Linie praktische Gesichtspunkte gewesen, die zu der Annahme führten, die Eigentümergrundschuld sei nach § 857 Abs. 2 ZPO zu pfänden. So heißt es bei Rosenberg [115] ausdrücklich, der Auffassung, nach der die Eigentümergrundschuld gemäß § 857 Abs. 2 ZPO gepfändet wird, sei der Vorzug zu geben, weil sie die Zwangsvollstreckung in die Eigentümergrundschuld erleichtere. Es mag zugegeben werden, daß die hier abgelehnte Meinung die Zwangsvollstreckung erleichtert. Sie führt aber andererseits dazu, daß das Grundbuch nach Zustellung des Pfändungsbeschlußes solange unrichtig ist, bis die durch die Pfändung bewirkte Verfügungsbeschrän-

113) Rosenberg § 195 I; Schönke-Baur § 27 IV; Stein-Jonas II 6 zu § 857; OLG Celle Rspr. OLG 4, 75.
114) Stein-Jonas II 6 zu § 857.
115) Rosenberg S. 1031.

kung aus dem Grundbuch ersichtlich wird. Die Richtigkeit des Grundbuchs ist dem Gesetzgeber aber wichtiger als die Vereinfachung des Rechtsverkehrs, wie sich aus zahlreichen Bestimmungen des Grundstücksrechts, ja aus der Existenz des Grundbuchs selbst ergibt.

Ist demnach die Eintragung zur Begründung eines Pfändungspfandrechts an der Eigentümergrundschuld notwendig, so ist ihre Pfändung durch Gläubiger des Bestellers unmöglich. Das Grundbuchamt darf eine Eintragung auf Grund des Titels gegen den Besteller nicht vornehmen, solange das Grundbuch den Erwerber als den Berechtigten (§ 39 GBO) ausweist. Da jedoch eine Berichtigung wegen der zukünftigen Forderung nicht in Frage kommt [116], ist eine Beeinträchtigung der Erwerberposition durch Pfändung der Eigentümergrundschuld nicht zu besorgen.

Aber auch wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung für die Pfändung die Zustellung des Pfändungsbeschlußes als ausreichend ansieht, ist die Stellung des Erwerbers nicht gefährdet. Der Besteller hat nur eine vorläufige Eigentümergrundschuld [117]. Diese kann infolge der bereits gegenwärtig bestehenden Bindung für die zukünftige Forderung von ihm nicht mehr einseitig in eine endgültige umgewandelt werden [118]. Solange die Forderung besteht, könnte deshalb nur die vorläufige Eigentümergrundschuld gepfändet werden [119]. Eine Beeinträchtigung des Erwerbs wäre demnach nur möglich, wenn die Pfändung

---

116) oben S. 39 f.

117) h.M.: Baur § 46 III 1 a; Westermann § 96 A II 3; Wolff-Raiser § 146 III 1 b; und die in Fn 85 angeführte Literatur (2. Absatz).

118) oben S. 40; vgl. auch zur unmittelbaren Wirkung einer zukünftigen Forderung v. Tuhr Bank Arch 7, 277.

119) Baur § 46 III 1 b; Wolff-Raiser § 146 III 1 b; Siebert-Baur 11 zu § 1163; Stein-Jonas II 6 d zu § 857; Palandt-Hoche 4 d zu § 1163; vgl. auch für die Übertragung Staudinger-Scherübl 16 e zu § 1163.

das Kreditverhältnis auflösen und damit das Entstehen der Forderung verhindern würde. Eine derartige Wirkung ist jedoch zu verneinen, weil keiner der Gründe vorliegt, von denen die Rechtsordnung das Erlöschen einer Forderung abhängig macht.

3. Die Erwerberposition im Konkurs des Bestellers

a) Schutz nach § 15 S. 2 KO, § 878 BGB

Die Konkurseröffnung über das Vermögen des Bestellers hat zur Folge, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld zusammen mit dem übrigen Vermögen des Bestellers in die Konkursmasse fällt, so daß dieser außerstande gesetzt ist, über sie zu verfügen (§§ 6, 7 KO). Da die Hypothek für die zukünftige Forderung aber bereits vor Konkurseröffnung begründet wurde, hat der Besteller die Verfügungshandlungen zu Gunsten des Erwerbers schon vorgenommen. Die Anwendung der §§ 6, 7 KO scheidet daher aus, obwohl nur eine Eigentümergrundschuld des Bestellers entstand. Trotzdem ist der Erwerbsvorgang noch nicht beendet, solange die Forderung fehlt. Gemäß § 15 S. 1 KO, der einen Rechtserwerb nach Konkurseröffnung unabhängig davon ausschließt, ob noch eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners notwendig ist oder nicht, wäre der Erwerb nicht mehr möglich. Auch hier gilt jedoch § 15 S. 2 KO in Verbindung mit § 878 BGB. Danach bleibt die Hypothekenbestellung wirksam, wenn die Einigung bindend geworden und die Eintragung beim Grundbuchamt beantragt worden ist, bevor der Konkurs eröffnet wurde.

b) Beeinträchtigungsmöglichkeit nach § 17 KO

Von der Möglichkeit, die Hypothek vor Konkurseröffnung zu valutieren, ist die Frage zu unterscheiden, ob die zu sichernde Forderung zum Entstehen gebracht werden kann. Wur-

de die Hypothek für die zukünftige Schuld eines Dritten begründet, so ergeben sich keine Schwierigkeiten. Der Konkurs des Gemeinschuldners hat auf das Entstehen der Forderung keinen Einfluß. Soll die Hypothek dagegen eine Verbindlichkeit des Gemeinschuldners sichern, sind zwei Fälle denkbar. War der nachmalige Gemeinschuldner zur Annahme des Kredits nicht verpflichtet, so gilt dasselbe auch für den Konkursverwalter. Eine Verweigerung der Annahme durch den Konkursverwalter kommt aber auch dann in Betracht, wenn der nachmalige Gemeinschuldner zur Annahme verpflichtet war, und diese Verpflichtung auf einem gegenseitigen Vertrag beruht, der beiderseits noch nicht voll erfüllt ist.

Ein Anspruch auf Abnahme des Darlehens wird in der Regel nur dann begründet, wenn der Darlehensgeber für die zeitweise Überlassung der Darlehenssumme eine Gegenleistung erwartet. Das ist beim Warenkredit offensichtlich, bei dem sich der Darlehensnehmer zur Abnahme von Waren verpflichtet. Aber auch beim "Anlagedarlehen" erhält der Darlehensgeber in Form von Zinsen ein Entgelt für seine Leistung. Ein Darlehensvorvertrag, der eine entsprechende Vereinbarung enthält, ist ein gegenseitiger Vertrag [120], wobei die Errichtung der Hypothek lediglich den Schutz des Rückgabeanspruchs bezweckt und das pactum de hypothecando nur sichernd neben den Darlehensvorvertrag tritt. Dieser unterliegt daher § 17 KO [120]: Der Konkursverwalter kann die Annahme des Darlehens verweigern, weil beiderseits noch nicht erfüllt worden ist.

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, § 17 KO sei eine Ergänzung des § 320 BGB [121]. Der Schuldner, der gegenüber

120) Esser § 149, 6; Larenz II § 47 I; Jaeger 2 zu § 17 KO.
121) Rühl S. 193 ff; Jaeger 1 zu § 17.

der Geltendmachung einer Verpflichtung die Nichterfüllung seiner Forderung einwenden kann, müsse auch im übrigen nur unter den Bedingungen leisten, die für die Gegenleistung gelten [122]. Eine Zug-um-Zug-Leistung kommt aber beim Darlehen seinem Wesen nach nicht in Betracht. Daraus folgt jedoch nicht die Unanwendbarkeit des § 17 KO. Aus dem Gesetz ergibt sich, daß für gegenseitige Verträge die Zug-um-Zug-Leistung nicht wesentlich ist. Das BGB spricht ausdrücklich von gegenseitigen Verträgen, bei denen der Schuldner "vorzuleisten verpflichtet ist" (§§ 320 Abs. 1 S. 1, 321 Abs. 1 S. 1 vgl. auch § 322 Abs. 2 BGB).

Es könnte scheinen, die Möglichkeit des Konkursverwalters, über § 17 KO das Entstehen der gesicherten Forderung zu verhindern, sei nicht damit vereinbar, daß auf die Position des Erwerbers § 15 S. 2 KO, § 878 BGB angewendet wird. Nach diesen Vorschriften sei die Erwerberstellung konkursbeständig; gleichzeitig werde dem Konkursverwalter aber die Möglichkeit gegeben, sie zu beseitigen. Der Widerspruch ist jedoch nur scheinbar. § 15 S. 2 KO, § 878 BGB schützen die Erwerberposition, nicht aber das Zustandekommen der Forderung. Sie erhalten dem Erwerber die Möglichkeit, auf Grund der vom Besteller geschaffenen übrigen Entstehungsvoraussetzungen die Hypothek auch dann noch zu erwerben, wenn die Forderung erst nach Konkurseröffnung entsteht. Das Zustandekommen der Forderung sichern sie dagegen nicht. Die Forderung unterliegt ihren eigenen, von der Hypothekenbestellung unabhängigen Voraussetzungen und wirkt nur dadurch auf die Hypothek zurück, daß sie ihrerseits Entstehungserfordernis für diese ist. Insofern stehen die Umstände, die das Entstehen der Forderung hindern, auch dem Hypothekenerwerb im Wege. Daraus, daß der Hypothekenerwerb

122) Rühl S. 193 ff; Larenz I § 18 I.

bei Fehlen der Forderung durch den Konkurs nicht behindert wird, kann jedoch nicht gefolgert werden, auch ihr Entstehen müsse gesichert sein; es hieße dies Voraussetzung und Folge zu verwechseln. Das zeigt sich besonders deutlich, wenn der Darlehensempfänger und der Besteller verschiedene Personen sind. Fällt der Besteller in Konkurs, so wird der Erwerb der Hypothek bei Entstehen der Forderung durch § 15 S. 1 KO, § 878 BGB ermöglicht. Das Entstehen der Forderung kann aber deshalb nicht verhindert werden, weil der Erwerber gegenüber dem Darlehensempfänger, der sich nicht im Konkurs befindet, die Abnahme des Darlehensbetrages auch weiterhin klageweise durchsetzen und so die künftige Forderung in eine gegenwärtige verwandeln kann. Die Hypothek bleibt demnach trotz des Konkurses des Bestellers bestehen. Dagegen kann sie im umgekehrten Fall, in dem nur der Darlehensempfänger in Konkurs verfällt, der Besteller aber in seiner Verfügungsmacht völlig unbeschränkt bleibt, untergehen. Denn der Konkursverwalter des Empfängers kann nun den Darlehensvorvertrag mit dem Erwerber lösen, und so mit der Vernichtung der künftigen Forderung den Übergang der Eigentümergrundschuld als Fremdhypothek in das Vermögen des Erwerbers endgültig verhindern.

c) Die Akzessorietät der Erwerberstellung

Unterliegt die gesicherte Forderung § 17 KO, so können Zweifel über die Wertung der von ihr abhängigen Erwerbsposition als Anwartschaftsrecht aufkommen. Sie sind jedoch ebensowenig wie in dem Fall gerechtfertigt [123], in dem kein Anspruch auf Entgegennahme des Darlehens besteht. Auch die Tatsache, daß die Erwerberstellung bei Konkurs des Darlehensnehmers zerstört werden kann, resultiert aus

123) oben S. 45 f.

der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung. Die Forderung ist bei der Vollhypothek ebenfalls konkursanfällig: sie wird nur anteilsmäßig befriedigt. Bei der künftigen Forderung äußert sich die Unterworfenheit unter den Konkurs lediglich auf andere Weise. In beiden Fällen wird die Forderung in ihrer Verwirklichung beeinträchtigt. Die bestehende gewährt als solche keine volle Befriedigung mehr, während der zukünftigen Forderung die Verwandlung in eine gegenwärtige verwehrt ist. Diese Verschiedenheit in der Auswirkung äußert sich infolge der Akzessorietät auch bei den zur Sicherheit bestellten Grundpfandrechten. Die Möglichkeit, durch Auflösung des Darlehensvorvertrages gemäß § 17 KO die Position des Erwerbers zu vernichten, widerspricht daher nicht der Annahme eines Anwartschaftsrechts [124]. Sie ergibt sich vielmehr gerade aus dem Wesen der Hypothek für eine zukünftige Forderung.

---

124) Raiser S. 95.

§ 7

DIE ERWERBERPOSITION BEI BESTELLUNG VON BRIEFHYPOTHEKEN

Das Entstehen der Briefhypothek setzt außer Einigung, Eintragung und Forderung die Übergabe des Hypothekenbriefes voraus. Daraus ergeben sich neue Stadien auf dem Wege zum Vollrecht, die als Anwartschaftsrecht in Betracht kommen. Die folgende Untersuchung kann davon ausgehen, daß das Fehlen von Forderung oder Eintragung an sich keine Abweichungen gegenüber den bereits erörterten Fällen bewirkt. Die Unterschiede in der rechtlichen Behandlung von Brief- und Buchhypothek sind Folgen der Verbriefung des Rechtes. Deshalb führt das Fehlen der Forderung bei Vorliegen von Eintragung und Briefübergabe ebensowenig zur Ablehnung eines Anwartschaftsrechts wie bei der Buchhypothek. Auch aus dem Fehlen der Eintragung können Bedenken gegen das Vorliegen eines Anwartschafts nur erhoben werden, wenn deshalb die Briefübergabe oder die sie ersetzende Handlung noch nicht vorgenommen werden kann. Diese Fälle werden am Schluß des Abschnitts noch kurz zu behandeln sein.

I. Fehlen der Briefübergabe bei Vorliegen der übrigen Entstehungsvoraussetzungen

Zunächst ist zu untersuchen, wie sich die Position des Erwerbers bei Vorliegen der übrigen Entstehungsvoraussetzungen vor Aushändigung des Briefes gestaltet. Zum Entstehen der Briefhypothek ist die Übergabe des Briefes erforderlich (§ 1117 BGB). Dabei ist zu beachten, daß das Gesetz verschiedene Möglichkeiten vorsieht, die Übergabe zu ersetzen. An

ihre Stelle können die Übergabesurrogate der §§ 930, 931 BGB und vor allem die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB treten. In all diesen Fällen erlangt der Erwerber mit dem Recht auf Aushändigung des Hypothekenbriefs die Hypothek selbst. Damit sind die Möglichkeiten, durch die dem Erwerber eine nur mittelbare Sachbeziehung zu dem Brief eingeräumt werden kann, bereits selbständige Voraussetzungen für das Entstehen der Briefhypothek. Andere Wege, die Hypothek zu erwerben, gibt es nicht. Insbesondere genügt dazu nicht die einseitige Anweisung des Bestellers an das Grundbuchamt, dem Erwerber den Brief auszuhändigen [125]. Als Anwartschaftsrecht kommt also höchstens die Position in Betracht, die der Anspruch auf Aushändigung des Briefes bei Bestehen der Forderung und vollzogener Einigung gewährt. Bei der Prüfung, ob ein Anwartschaftsrecht vorliegt, ist wiederum darauf abzustellen, ob der Erwerb des Briefes und damit der Hypothek noch beeinträchtigt werden kann.

1. Die Möglichkeit des Bestellers, das für den Erwerber im Grundbuch eingetragene Grundpfandrecht zu veräußern

Ist der Hypothekenbrief weder übergeben noch eine der in § 1117 BGB bezeichneten Handlungen vorgenommen worden, so steht das durch die Eintragung entstandene Recht dem Besteller als Eigentümergrundschuld zu (§ 1163 Abs. 2 BGB). Da diese mit Aushändigung des Briefes unter Verwandlung in eine Fremdhypothek auf den Erwerber übergeht, ergibt sich die Frage, ob aus der "Vorläufigkeit" der Berechtigung des Bestellers schon eine dingliche Bindung für den Erwerber folgt. Das wird zum Teil unter Gleichstellung mit der Hypothek für

125) Baur § 37 III 3 b; Staudinger-Scherübl 17 e zu § 1117; Planck-Strecker 3 c zu § 1117; RGZ 66, 100; 77, 107; 89, 160.

eine künftige Forderung bejaht [126]. Zwar trifft es zu, daß hier ebenso wie bei der Hypothek für eine zukünftige Forderung die Grundbuchberichtigung infolge der Verpflichtung des Bestellers, die Hypothek zu errichten, nicht verlangt werden kann [127]. Damit ist der Besteller aber nicht an einer Verfügung über die Eigentümergrundschuld gehindert. Er kann diese nach § 1154 BGB abtreten, ohne im Grundbuch eingetragen zu sein und ohne daß der Brief auf ihn lautet [128].

2. Die Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger des Bestellers

a) Die Einzelvollstreckung

Die Position des Erwerbers unterliegt nicht nur der Verfügung des Bestellers, sondern auch dem Zugriff durch dessen Gläubiger. Die Pfändung und Überweisung der Eigentümergrundschuld durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß und Übergabe des Hypothekenbriefes ist (§§ 830, 837 ZPO), da der Besteller den Brief im Besitz hat oder ihn vom Grundbuchamt ausgehändigt erhält (§ 60 GBO) [129], möglich, ohne daß der Erwerber die persönliche Verpflich-

---

126) Wolff-Raiser § 145 II; Baur § 46 III 1 will den für die Hypothek für eine zukünftige Forderung mit § 161 BGB begründeten Schutz offenbar auch auf die Stellung vor Briefübergabe angewendet wissen. Ebenso Bendix Seuff Bl 535 (541). Eine analoge Anwendung von § 161 BGB scheidet jedoch schon deshalb aus, weil mit der Briefübergabe zur Vollendung des Erwerbs noch eine Handlung des Bestellers notwendig ist.

127) oben S. 40; vgl. Eichler II 2 S. 451; Staudinger-Scherübl 4 c zu § 1117.

128) Ackermann DNotZ 1936, 345 (346); Eichler II 2 S. 451; Planck- Strecker 4 b zu § 1117; RGZ 63, 15; KGJ 22, 309 (310).

129) Eine einseitige Anweisung des Bestellers an das Grundbuchamt, den Brief an den Erwerber auszuhändigen, beschränkt wegen ihrer freien Widerrufbarkeit die Verfügungsmöglichkeit nicht.

tung des Bestellers dem Pfandgläubiger gegenüber geltend machen kann [130].

b) Der Konkurs über das Vermögen des Bestellers

Im Konkurs des Bestellers fällt dessen Eigentümergrundschuld in die Konkursmasse. Der Anspruch auf Aushändigung des Briefes und damit der Erwerb der Hypothek ist nicht mehr durchsetzbar. Der Gemeinschuldner kann, der Konkursverwalter darf den Brief mit Rechtswirkung nicht übergeben, weil dem §§ 6 und 12 KO sowie der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung im Wege stehen.

3. Ergebnis

Ein besonderes, durch das Erfordernis der Briefübergabe nach § 1117 Abs. 1 S. 1 BGB bedingtes Anwartschaftsrecht ist mithin zu verneinen.

II. Fehlen der Eintragung, wenn die Aushändigungsabrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen wurde

Ein Anwartschaftsrecht an einer Briefhypothek entsteht aber bei Fehlen der vom Erwerber beim Grundbuchamt beantragten Eintragung, wenn die Aushändigungsabrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen wird. Da die Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB mit der Eintragung der Hypothek im Grundbuch wirksam wird [131] und diese nicht mehr verhindert werden kann [132], ist der Hypothekenerwerb gesichert. Besonderheiten gegenüber

---

130) Staudinger-Scherübl 4 c zu § 1117; Planck-Strecker 4 b zu § 1117; RGZ 63, 15.
131) Wolff-Raiser § 134 V 1; Staudinger-Scherübl 13 c zu § 1117; Planck 3 a zu § 1117; RGZ 64, 313; 66, 210; 89, 125.
132) S. 20 ff.

dem unter § 4 III behandelten Fall treten nicht auf: Der Hypothekenbrief gelangt mit seiner Herstellung in das Eigentum des Erwerbers (§ 952 BGB), der sein Recht an ihm gegebenenfalls nach § 985 BGB, § 771 ZPO, § 43 KO geltend machen kann.

III. Fehlen der Forderung bei Vorliegen der übrigen Entstehungserfordernisse

Sind die Eintragung und die Briefübergabe an den Erwerber vor Valutierung der gesicherten Forderung vorgenommen worden, was in der Praxis infolge des wirtschaftlichen Übergewichts der Kreditinstitute häufig geschieht, so ist die Verknüpfung des Briefgrundpfandrechts mit der künftigen Forderung vollzogen und nicht mehr einseitig lösbar. Der Besteller kann über seine vorläufige Eigentümergrundschuld nicht verfügen. Dazu müßte er den Hypothekenbrief in Händen haben. Das ist jedoch nicht der Fall und wird, solange die Aussicht auf Entstehen der Forderung besteht, auch nicht der Fall sein [133]. Leistet der Erwerber die Darlehenssumme, so aktualisiert sich die künftige Forderung, und die Hypothek geht automatisch auf ihn über [134]. Der Erwerber, der bisher nur Besitzer des Briefes war, wird jetzt Eigentümer des Briefes (§ 952 BGB). Er kann bei Pfändung der Eigentümergrundschuld des Bestellers mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO vorgehen und im Konkurs Aussonderung aus der Konkursmasse nach § 43 KO verlangen [135].

---

133) vgl. S. 40. Die Stellung des Erwerbers einer Briefhypothek weicht insofern nicht von der des Erwerbers einer Buchhypothek ab.
134) Boehmer ZAKDR 40, 173 (176).
135) vgl. oben S. 53; Ackermann DNotZ 36, 240 (143); abweichend ders. ebenda S. 346.

IV. Vormerkung des Anspruchs auf Errichtung einer Briefhypothek

Die Ausführungen über die Vormerkung eines Anspruchs auf Errichtung einer Buchhypothek gelten sinngemäß, wenn ein Anspruch auf Bestellung einer Briefhypothek vorgemerkt ist. Es besteht ein Anwartschaftsrecht.

§ 8

WEITERE ALS ANWARTSCHAFTSRECHT ZU BEZEICHNENDE ERWERBSPOSITIONEN

I. Das Fehlen mehrerer Erwerbsvoraussetzungen

Außer diesen Grundtatbeständen sind Mischformen in der Weise denkbar, daß mehrere Erwerbsvoraussetzungen zugleich fehlen. Hierdurch ergeben sich jedoch keine grundsätzlichen Abweichungen von den behandelten Fällen. Da sich die Erfordernisse für das Entstehen der Hypothek als Bestandteile des Erwerbsvorgangs mit Ausnahme der bereits erörterten Abhängigkeit der Übergabehandlungen des Hypothekenbriefs von der Eintragung nicht gegenseitig bedingen [136], werden gegebenenfalls mehrere von ihnen durch die festgestellten Schutzwirkungen gesichert.

II. Bei der Veräußerung einer Hypothek auftretende Anwartschaftsrechte

Bei der Veräußerung einer bereits bestehenden Hypothek ergeben sich gegenüber der Erstbestellung keine Abweichungen, weil sich die Voraussetzungen für die Übertragung und die Begründung decken (§ 1154 BGB).

III. Das Fehlen einer zusätzlichen auf Parteivereinbarung beruhenden Erwerbsvoraussetzung

Neben dem Fehlen eines gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisses für das Entstehen der Hypothek kann auch das Aus-

136) oben S. 58.

stehen einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Voraussetzung den Vollrechtserwerb hindern.

1. Die Hypothek für eine bedingte Forderung

Das Entstehen der Forderung, die durch die Hypothek gesichert ist, kann vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden. Die Stellung, die dem Inhaber einer Hypothek für eine bedingte Forderung zukommt, unterscheidet sich, was den in unserem Zusammenhang maßgeblichen Schutz gegen beeinträchtigende Verfügungen des Bestellers und gegen Zugriffe durch dessen Gläubiger betrifft, nicht von der Position des Gläubigers einer Hypothek für eine zukünftige Forderung. Eine gesonderte Erörterung dieses Anwartschaftsrechts erübrigt sich deshalb.

2. Die bedingte Hypothek

Wird eine bedingte Hypothek bestellt, so ergibt sich der für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts entscheidende Schutz des Erwerbers unmittelbar aus §§ 158 ff BGB. Die Anwartschaft des Erwerbers folgt den allgemein für bedingte Rechte geltenden Regeln, das heißt, die für die Hypothek geltenden Bestimmungen finden, modifiziert durch die Vorschriften der §§ 158 ff BGB, Anwendung. Besonderheiten ergeben sich nicht. Aus diesem Grunde braucht die bedingte Hypothek in die weiteren Erörterungen nicht einbezogen zu werden.

B. DIE BEHANDLUNG DER HYPOTHEKENANWARTSCHAFTEN IM RECHTSVERKEHR

§ 9

DIE VERÄUSSERUNG DER HYPOTHEKENANWARTSCHAFTEN

Es bleibt die Frage nach der Übertragbarkeit und nach der Übertragungsform der im Verlauf des Hypothekenerwerbs entstehenden Anwartschaftsrechte zu erörtern. Ausgangspunkt dieser Untersuchung sollen die in Praxis und Rechtslehre für die Übertragung von Anwartschaftsrechten entwickelten Grundsätze sein: Anwartschaftsrechte sind übertragbar, wenn das Vollrecht, auf das hin sie sich entwickeln, übertragen werden kann [137]; Anwartschaftsrechte werden grundsätzlich in derselben Form übertragen wie das zugehörige Vollrecht [138]. Danach wäre die Veräußerung von Hypothekenanwartschaften möglich. Sie hätte nach Maßgabe der §§ 1154, 873 BGB zu erfolgen. Hierfür ergeben sich Schwierigkeiten in Fällen, in denen die Form der Übertragung einer Hypothek das Vorliegen jener Entstehungserfordernisse voraussetzt, deren Fehlen gerade dazu führt, daß noch kein Vollrecht, sondern nur ein Anwartschaftsrecht besteht. Liegt zum Beispiel ein Anwartschaftsrecht auf eine Buchhypothek vor, weil der Erwerber noch nicht in das Grundbuch eingetragen wurde, so ist eine Übertragung nach § 1154 BGB unmöglich. Ähnliche Situationen ergeben sich in anderen Fällen. Es wäre geradezu denkbar,

137) Eichler II 1 S. 123; Westermann § 5 III 3 d; Wolff-Raiser § 2 II 3; vgl. auch Raiser S. 41; BGHZ 20, 99.
138) Rühl S. 97; Enneccerus-Nipperdey § 197 II 4; Lange § 12 IV 3; Westermann § 5 III 3 d, § 44 2; Wolff-Raiser § 2 II 3 b; RGZ 140, 229; BGHZ 20, 80 ff.

daß die grundsätzlich zugelassene Übertragbarkeit daran scheitert, daß es kein Anwartschaftsrecht gibt, bei dem die Übertragungsformen der Hypothek eingehalten werden können. Die Anwendbarkeit der Übertragungsmöglichkeiten der Hypothek auf die als Hypothekenanwartschaftsrechte bezeichneten Positionen muß deshalb im einzelnen erörtert werden.

I. Die Hypothekenanwartschaften bei Fehlen der Eintragung

Der Mangel der Eintragung, der das Entstehen des Vollrechts hindert, steht auch der Übertragung des Anwartschaftsrechts in der Form des § 1154 Abs. 2 BGB im Wege. Würde man mit dem Satz ernst machen, daß die Veräußerung des Anwartschaftsrechts in der Form der Vollrechtsübertragung vorzunehmen ist, so wäre hier die Übertragung des Anwartschaftsrechts ausgeschlossen [139]. Die Tatsache, daß der Erwerber über die Forderung hinaus ein Anwartschaftsrecht auf die sie sichernde Hypothek erlangt, würde also zu einer Unverwertbarkeit der Forderung führen. Das ist schon für den rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht erfreulich. Noch unbefriedigender ist diese Lage aber in der Zwangsvollstreckung. Den Gläubigern würde ein Vermögensobjekt des Erwerbers entzogen, weil die Unveräußerlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen die Unpfändbarkeit zur Folge hätte.

1. Die Anwendbarkeit von § 1153 BGB

Dieses Ergebnis legt die Frage nahe, ob die Forderung ohne das Anwartschaftsrecht abgetreten werden kann, oder ob dem § 1153 BGB entgegensteht, der bestimmt, daß die Forderung nicht von der Hypothek getrennt werden kann. Die Anwend-

139) vgl. Westermann § 44 2.

barkeit des § 1153 BGB würde dem von Rechtssprechung und Lehre anerkannten Grundsatz entsprechen, daß das Anwartschaftsrecht dieselben Eigenschaften wie das Vollrecht aufweist [140]. In der Tat wäre es mit § 1153 BGB nicht vereinbar, die Abtretung der Forderung an einen Dritten und gleichzeitig das Weiterbestehen des Anwartschaftsrechts für den Erwerber zuzulassen. Weil sich das Anwartschaftsrecht notwendig zur Hypothek entwickelt [141], käme es zu der vom Gesetz mißbilligten Folge, daß Forderung und Hypothek verschiedenen Personen zuständen [142].

2. Keine Abtretung nach § 398 BGB

Man könnte weiter erwägen, ob im vorliegenden Fall der Grundsatz der Übertragung des Anwartschaftsrechts nach den Regeln der Vollrechtsübertragung nicht oder nicht in vollem Umfang anzuwenden ist. Es wäre denkbar, daß die Forderung formlos abgetreten wird (§ 398 BGB), und das Anwartschaftsrecht gemäß § 401 BGB auf den neuen Erwerber mit übergeht. Wäre die Möglichkeit einer Zession nach § 398 BGB zu bejahen, so bestünden gegen diese Annahme keine Bedenken. § 401 BGB gilt nicht nur für die in ihm aufgezählten, sondern auch für andere Nebenrechte [143]. Zu diesen ist nach dem Grundsatz, daß das Anwartschaftsrecht, soweit möglich, wie das Vollrecht behandelt wird [144], auch die Anwartschaft auf eine Hypothek zu zählen. Gerade aus der Geltung des § 401 BGB für Hypotheken ergibt sich jedoch im Zusammenhang mit § 1154 BGB,

---

140) vgl. oben S. 6 f; Hoche NJW 1955, 652; Eichler II 1 S. 122; Enneccerus-Nipperdey § 197 II 4; Lange § 12 IV 3.
141) vgl. oben S. 20 ff, 28 ff, 38 ff.
142) vgl. Westermann § 76 I 5 für die Anwartschaft aus der Auflassung.
143) Larenz I S. 259; Esser § 89 3; Soergel-Hahne 3 zu § 401; Palandt-Danckelmann 1 a zu § 401; RGZ 60, 371; 126, 384; 65, 418; 91, 279.
144) oben S. 7; vgl. auch die Literaturangaben in Fn 17.

daß besondere Formerfordernisse, die für die Übertragung einer Forderung wegen ihrer Verknüpfung mit einem Nebenrecht bestehen, durch §§ 398, 401 BGB nicht ersetzt werden. Da zudem die Gefahr des Auseinanderfallens von materieller Rechtslage und Grundbuchinhalt, die § 1154 BGB verhindern soll, bei der Übertragung des Anwartschaftsrechts ebenso droht wie beim Vollrecht, weil das Grundbuchamt auf Grund der ihm vorliegenden Eintragungsunterlagen den ersten Anwartschaftsberechtigten eintragen würde, kann eine formlose Abtretung des Anwartschaftsrechts nicht als zulässig angesehen werden.

Aus den gleichen Gründen ist eine Veräußerung des Anwartschaftsrechts nach §§ 413, 398 BGB ausgeschlossen [145].

3. Modifizierte Anwendung des § 1154 BGB

Eine Möglichkeit zur Übertragung kann sich demnach nur aus einer modifizierten Anwendung des § 1154 BGB ergeben, die dem Umstand Rechnung trägt, daß die Eintragung noch aussteht. Eine schriftliche Abtretungserklärung ist hierfür allerdings nicht ausreichend [146]. Ihr stehen dieselben Bedenken im Wege, die gegen eine Übertragung nach §§ 398, 401 BGB sprechen. Das Auseinanderfallen von Grundbuchinhalt und materieller Berechtigung kann nur dadurch verhindert werden, daß der Veräußerer den Zweiterwerber über die Abtretungserklärung hinaus durch Schaffung der Eintragungserfordernisse in die Lage versetzt, an seiner Stelle im Grundbuch eingetragen zu werden und die Hypothek zu erlangen, wobei er selbst die Möglichkeit verlieren muß, eine beeinträchtigende Eintragung herbeizuführen.

---

145) Hoche NJW 1955, 652; KG JFG 4, 339; 4, 443; a.M. Hieber DNotZ 1955, 186 (188).

146) a.M. Kuru S. 68, 69; Ronke S. 100 hält eine Übertragung durch dingliche Einigung ebenfalls für ausreichend, obwohl er davon ausgeht, daß ein Anwartschaftsrecht nur bei Vorliegen eines ordnungsgemäßen Eintragungsantrags besteht. So wohl auch Westermann § 76 I 5.

a) Die materielle Verfügungsmacht des Anwartschaftsberechtigten

Vom materiellen Recht her sind gegen eine Übertragung der Anwartschaft in der eben bezeichneten Weise keine Bedenken zu erheben. Der Einwand, eine solche Übertragung berühre nicht nur die Stellung des Veräußernden, sondern auch die des Bestellers, weil sein Grundstück infolge der Einigung zwischen Zweiterwerber und Veräußerer und dessen Eintragungsbewilligung mit einer Hypothek zugunsten des Zweiterwerbers belastet werde [147], trifft nicht zu. Mit der Begründung der Anwartschaft ist der Erwerbsvorgang bereits soweit vorangetrieben, daß das Entstehen der Hypothek der Einflußnahme des Bestellers entzogen ist. Die Belastung beruht also auf der Bestellung des Anwartschaftsrechts und nicht auf dessen Übertragung. Die Übertragung bewirkt lediglich einen Wechsel in der Zuständigkeit der entstehenden Hypothek. Dadurch aber wird die Stellung des Grundstückseigentümers nicht betroffen. Da der Erwerber die Hypothek, die er unabhängig vom Willen des Bestellers erlangt, veräußern kann, ist er auch in der Lage, seine Anwartschaft einem Dritten zu übertragen, so daß dieser unmittelbar Hypothekengläubiger wird [148].

b) Die Auffassung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht, das in mehreren Entscheidungen [149] die Übertragung des Rechts aus der Auflassung behandelt, geht einen anderen Weg. Es hat die Auflassungserklärung des Erwerbers, die nach seiner Rechtssprechung zugleich die Eintragungsbewilligung enthält [150], dem Besteller gegenüber gemäß § 185 BGB für wirksam erklärt, weil in der

147) RGZ 54, 368; 129, 153.
148) vgl. hierzu BGHZ 20, 93 ff für das Anwartschaftsrecht auf Eigentumserwerb bei beweglichen Sachen.
149) RGZ 135, 389; 129, 153; 95, 205; 64, 204.
150) RGZ 54, 378; 62, 378; 141, 376.

Auflassungserklärung zugleich die Zustimmung zur Weiterverfügung liege. Dem Recht aus der Auflassung wurde das Recht aus der Hypothekenabtretung vor Eintragung gleichgestellt [151].

Nach dieser Ansicht, der sich die Literatur weitgehend angeschlossen hat [152], würde der Ersterwerber allerdings nicht kraft eigenen Rechts, sondern als Nichtberechtigter kraft Ermächtigung verfügen [153]. Das Anwartschaftsrecht auf Hypothekenerwerb wäre nach dieser Auffassung im Grunde nicht übertragbar [154]. Da das Anwartschaftsrecht, wie wir gesehen haben, vom Besteller und dessen Verhalten vollkommen unabhängig ist, ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb seine Übertragung die Zustimmung des Bestellers erfordern sollte. Das ist vielmehr aus den gleichen Gründen abzulehnen, aus denen der Bundesgerichtshof [155] im Anschluß an die in der Literatur überwiegend vertretene Auffassung [156] vom Standpunkt des Reichsgerichts, eine vom Vorbehaltskäufer getroffene Verfügung sei nur nach § 185 BGB wirksam [157], abgewichen ist: Die Verfügungsmacht des Anwartschaftsberechtigten ergibt sich unmittelbar aus der ihm vom Besteller (Veräußerer) eingeräumten unentziehbaren Erwerbsposition.

Die kritische Wertung des Standpunkts des Reichsgerichts muß außerdem berücksichtigen, daß dieses einen weiteren

---

151) RGZ 54, 367.
152) Staudinger-Seufert 40 zu §§ 925, 925 a; RGRK 5 zu § 925; Soergel-Baur zu § 925; vgl. neuerdings Kuchinke JZ 1964, 145 (148) mit Zitaten; KGJ 47, 158; 53, 144.
153) so ausdrücklich RGZ 54, 369; 89, 157; vgl. 129, 153.
154) Hoche NJW 1955, 652; RGRK 5 zu §§ 925, 925 a.
155) BGHZ 20, 93 ff.
156) Schwister JW 1933, 1858, 2573; Rühl S. 37; Letzgus S. 14 ff; Boehmer, Grundlagen II 2 S. 151; Westermann § 44 2; Wolff-Raiser § 2 II 3 b Fn 14.
157) RGZ 129, 153; 140, 225; ebenso Siebert JW 1933, 2440; Brandis JW 1931, 505.

Anwartschaftsbegriff verwendet, als er der vorliegenden Untersuchung zu Grunde gelegt wurde. Anwartschaft ist nach ihm, wie oben ausgeführt [158], die Position, bei der zur Rechtsvollendung keine Handlungen des Bestellers mehr erforderlich sind. Unter diesen Begriff fallen jene Tatbestände, die wir als Anwartschaftsrechte bezeichnen, d.h. die Erwerbspositionen, bei denen weder der Besteller noch dessen Gläubiger den Vollrechtserwerb mehr verhindern können, und darüberhinaus eine Reihe von Stadien im Verlauf des Erwerbsvorgangs, die noch der Verfügung des Bestellers unterliegen. Diesen letzteren ist der Standpunkt des Reichsgerichts angemessen. Für die Gruppe dagegen, die auch wir als Anwartschaftsrechte bezeichnen, trifft das nicht zu. Ermächtigung ist Übertragung eigener Verfügungsmacht auf einen Dritten; wo eigene Verfügungsmacht fehlt, wie das hier der Fall ist, gibt es auch keine Ermächtigung.

c) Die Möglichkeit zur Schaffung der formellrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen

Dem materiellrechtlichen Prinzip, daß grundsätzlich nur der Berechtigte verfügen kann, entspricht im formellen Grundbuchrecht § 19 GBO, der die Bewilligung desjenigen fordert, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Durch die Eintragung des Zweiterwerbers wird sowohl der Veräußerer als auch der Besteller i.S. des § 19 GBO berührt. Dieser, weil sein Eigentum belastet wird, jener, weil er sein Anwartschaftsrecht verliert. Von beiden sind demnach Eintragungsbewilligungen zu fordern. Da die vom Besteller erteilte Bewilligung auf den Veräußerer, nicht auf den Zweiterwerber lautet, erscheint es fraglich, ob dessen Eintragung möglich ist. Dieses Bedenken greift je-

158) oben S. 3, Zit. Fn 5 ebenda.

doch nicht durch. Die vom Besteller selbst geschaffene Position bildet auch die Grundlage für die Bewilligungsbefugnis des Erstberechtigten. Ihre Folge ist hier bei Annahme der Übertragung des Anwartschaftsrechts die gleiche, wie dann, wenn man davon ausgeht, das Grundstück werde durch Verfügung eines Nichtberechtigten gemäß § 185 BGB belastet: der Zweiterwerber kann unmittelbar ins Grundbuch eingetragen werden [159] [160].

Auch sonst ergeben sich aus dem formellen Grundbuchrecht keine Einwendungen gegen die unmittelbare Eintragung des Zweiterwerbers. Eine Voreintragung des Veräußerers (§ 40 GBO) kommt mangels eines diesem zustehenden eintragungsfähigen Rechts nicht in Betracht [161].

4. Zusammenfassung

Der Anwartschaftsberechtigte ist bei Fehlen der Eintragung in der Lage, seine Anwartschaft aus eigenem Recht zu veräußern. Das hat in der Weise zu geschehen, daß er sich mit dem Zweiterwerber über den Übergang des Anwartschaftsrechts einigt und die Eintragung des Zweiterwerbers als Hypothekengläubiger bewilligt. Darüber hinaus ist es für den Übergang des Anwartschaftsrechts erforderlich, daß der Zweiterwerber die Eintragung beim Grundbuchamt beantragt, weil er erst dann in die Stellung des Veräußerers voll eingerückt und sein Erwerbsrecht dessen Einwirkung entzogen ist. Damit ist auch dem Erfordernis des § 1154 BGB in einer dem Fehlen der Eintragung Rechnung tragenden Weise entsprochen. Zur Veräußerung des Anwartschaftsrechts sind alle die Handlungen vorgenommen worden, deren es zur Begründung bedurfte.

159) RGZ 54, 368; RGZ 129, 153; KGJ 47, 158; 53, 144.
160) Hoche NJW 1955, 652.
161) Hoche NJW 1955, 652; Ronke S. 100; LG Hagen NJW 55, 1799.

II. Die Abtretung der Hypothek für eine zukünftige oder für eine bedingte Forderung

Ist die Hypothek für eine zukünftige Forderung bestellt, so ergeben sich für die Veräußerung keine Besonderheiten. Der Erwerber kann über sein Anwartschaftsrecht in der Form des § 1154 BGB verfügen [162]. Da auch hier "der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt" (§ 398 BGB), erlangt der Zweiterwerber mit der Hypothek für die zukünftige Forderung auch das Recht, diese zu verwirklichen [163]. Er kann also in gleicher Weise wie vorher der Erwerber [164] die Anwartschaft durch Valutierung in das Vollrecht verwandeln [165]. Der Erwerber der Hypothek für eine bedingte Forderung erlangt die Hypothek mit Eintritt der Bedingung.

III. Die Veräußerung der Anwartschaft bei Fehlen der Briefübergabe und der Eintragung, wenn diese beim Grundbuchamt ordnungsgemäß beantragt und die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen worden ist

Hier ist die Übertragung durch Zession der zu sichernden Forderung - wobei die Abtretungserklärung schriftlich zu erteilen ist - verbunden mit der Abrede, daß der Zweiterwerber

---

162) Boehmer ZAKDR 40, 173 (175); Baur § 46, III c; Wolff-Raiser § 146 III 1 b; Planck-Strecker 3 a zu § 1163; Staudinger-Scherübl 16 b zu § 1163.

163) Ackermann DNotZ 1936, 345 (349); Esser § 89 3; Larenz I § 30 I; Lehmann § 79 III 1.

164) Wie oben S. 46 ausgeführt, besteht ein Valutierungsrecht nicht immer und ist auch nicht notwendige Voraussetzung für das Anwartschaftsrecht bei Fehlen der Forderung.

165) Baur § 46 III c; Wolff-Raiser § 146 Fn 12; Staudinger-Scherübl 16 b zu § 1163.

sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen lassen dürfe, vorzunehmen. Sie entspricht im vollen Umfang den für die Hypothek geltenden Regeln. Der Zweiterwerber erlangt unmittelbar mit der Eintragung die Hypothek [166].

IV. Die Übertragung der Anwartschaft aus der Vormerkung

Die Übertragung der Anwartschaft aus der Vormerkung erfolgt gemäß § 398 BGB durch Abtretung der Forderung, der die vorgemerkte Hypothek dienen soll. Mit der Abtretung erlangt der neue Gläubiger nicht nur die abgetretene Forderung, sondern entsprechend § 401 BGB zugleich die für sie bestehenden akzessorischen Nebenrechte [167]. Da der Anspruch auf Bestellung der Hypothek lediglich der Sicherung der zedierten Forderung dient, geht er auf den neuen Gläubiger mit über [168]. Damit erwirbt dieser auch das Recht aus der Vormerkung [169]. Eine Eintragung ins Grundbuch ist hierfür und sonach für die Abtretung des Anwartschaftsrechts nicht nötig.

---

166) Baur § 37 III 3 c; Wolff-Raiser § 133 V 1.
167) Larenz I § 30 I; Lehmann § 79 III 1; Soergel-Hahne 3 zu § 401; Palandt 1 a zu § 401.
168) vgl. Soergel-Hahne 3 zu § 401; Lehmann § 79 III 1 für das Recht der Bauhandwerker auf Einräumung einer Hypothek nach § 648 BGB.
169) Wolff-Raiser § 48 V; Soergel-Hahne 3 zu § 401; Palandt 1 a zu § 401.

§ 10

DIE VERPFÄNDUNG DER HYPOTHEKENANWARTSCHAFTEN

Aus der Möglichkeit, Anwartschaftsrechte beim Hypothekenerwerb zu übertragen, ergibt sich ihre Verpfändbarkeit (§ 1274 Abs. 2 BGB) und die Form der Verpfändung (§ 1274 Abs. 1 BGB).

I. Bei Fehlen der Eintragung hat sich der Erwerber mit dem Pfandgläubiger über das Entstehen des Pfandrechts zu einigen und die Voraussetzungen für dessen Eintragung zu schaffen, die vom Pfandgläubiger beim Grundbuchamt beantragt werden muß [170]. Dem Erwerber ist es damit nicht mehr möglich, den Antrag auf Eintragung der Hypothek ohne Zustimmung des Pfandgläubigers zurückzunehmen (vgl. § 1276 BGB) [171]. Das Grundbuchamt wird, weil ihm der Eintragungsantrag des Pfandgläubigers vorliegt, eine einseitige Rücknahme nicht beachten. Mit der Eintragung der Hypothek erstarkt das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht. Da die Erwerberstellung nicht untergeht [172], sondern sich vollendet, erlischt auch nicht das Pfandrecht an ihr; es setzt sich vielmehr an der Hypothek fort [173].

---

170) vgl. oben S. 69 ff.
171) Hierzu Ronke S. 109.
172) Eine Verpfändung des Anwartschaftsrechts, dessen gegenwärtiger Vermögenswert allein darin besteht, daß es sich ungehemmt zum Vollrecht entwickelt, wäre sinnlos, wenn das Anwartschaftsrecht mit Entstehen des Vollrechts erlöschen würde. Vgl. Forkel S. 196.
173) Ebenso allerdings in Analogie zu § 1287 BGB: Ronke S. 109; Hieber DNotZ 1954, 171 (176); Hoche NJW 1955, 652 (654); Soergel-Augustin 9 zu § 1287; Erman-Ronke 2 zu § 1274; Palandt-Danckelmann 2 zu § 1287.

II. Für die Form, in der die Hypothek für eine zukünftige oder bedingte Forderung verpfändet wird, gelten keine Besonderheiten. Der Pfandgläubiger erlangt entsprechend § 1154 BGB das Pfandrecht an der Anwartschaft und mit der Valutierung an der Hypothek [174].

III. Bei Fehlen der Briefübergabe und der Eintragung, wenn diese vom Erwerber beim Grundbuchamt ordnungsgemäß beantragt und die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen worden ist, treten gegenüber der Verpfändung des Vollrechts ebenso wie bei der Buchhypothek keine Abweichungen auf.

IV. An dem Anwartschaftsrecht, das die Vormerkung gewährt, wird ein Pfandrecht mittels Verpfändung der durch die Hypothek zu sichernden Forderung nach §§ 1274, 398 BGB und Anzeige der Verpfändung an den Besteller (§ 1280 BGB) begründet. Die Verpfändung erfaßt ebenso wie die Veräußerung zugleich den Anspruch auf Bestellung der Hypothek. Die für diesen eingetragene Vormerkung wirkt auch zugunsten des Pfandgläubigers [175]. Mit der Bestellung der Hypothek für den Erwerber, bei der §§ 1281, 1282 BGB zu beachten sind, erlangt der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an der Hypothek (§ 1287 BGB).

---

174) vgl. S.74 zur Übertragung.
175) vgl. S.75 zur Übertragung; Hoche NJW 1955, 161; Ronke S. 106; KG JFG 8, 320.

§ 11

DIE PFÄNDUNG DER HYPOTHEKENANWARTSCHAFTSRECHTE

I. Die Pfändung von Anwartschaftsrechten im allgemeinen

1. Ablehnung der sogenannten Doppelpfändung

Anwartschaftsrechte sind nach heute fast unangefochten geltender Ansicht als sonstige Vermögensrechte gemäß § 857 ZPO zu pfänden [176]. Eine solche Pfändung kann aber - so auch die herrschende Meinung [177] - nicht zu einem Pfandrecht am Vollrecht führen [178]. Das Gesetz verlangt für das Pfändungspfandrecht an einem dinglichen Recht eine Verlautbarung Dritten gegenüber. Es knüpft das Entstehen des Pfändungspfandrechts an ein die unmittelbare Sachbeziehung sichtbar zum Ausdruck bringendes Merkmal. Bei beweglichen Sachen ist dieses Verlautbarungsmerkmal die Einräumung des Besitzes, bei Grundstücksrechten die Eintragung ins Grundbuch. Der fundamentale Grundsatz der Offenlegung dinglicher Zuord-

176) Rühl S. 167 isb. 171 ff; Letzgus S. 40 ff; Reinicke, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht 1941, 48 ff; Wolff-Raiser § 61 II; Erman-Westermann 13 zu § 873; Stein-Jonas-Schönke-Pohle 8 zu § 848 III; Hencke-Mönch-Horber Anh. zu § 26 Anm. 13; Baumbach-Lauterbach 3 vor § 704; Dagegen halten v. Tuhr, Allgem. Teil II 2 S. 308 und Bauknecht NJW 1954, 1750, 1955, 451 ff die Regeln der Sachpfändung für anwendbar; ebenso Raiser, Dingliche Anwartschaften S. 91; für das Recht aus der Auflassung vgl. auch Kuru S. 93 ff.

177) vgl. Zitate Fn 176; anders Schönke-Baur S. 126, Letzgus S. 40 ff, die eine Pfändung nach § 857 Abs. 2 ZPO für ausreichend erachten.

178) Nur dann ist aber die Pfändung des Anwartschaftsrechts sinnvoll, vgl. Fn 172.

nungen im geltenden Recht kann nicht durch das vom Gesetz unmittelbar nicht vorgesehene Institut des Anwartschafts-rechts außer Kraft gesetzt werden. § 857 ZPO entspricht für das Vollstreckungsrecht der materiellrechtlichen Vorschrift des § 413 BGB. Dieselben Gründe, die eine Übertragung des Anwartschaftsrechts nach §§ 413, 398 BGB unzulässig erscheinen lassen [179], schließen eine Pfändung nach §§ 857 Abs. 2, 829 ZPO aus. Dementsprechend wird weithin verlangt, daß neben die Pfändung des Anwartschaftsrechts eine Sachpfändung treten müsse [180]. Die Lehre von der sogenannten Doppelpfändung gesteht aber unausgesprochen ein, daß § 857 Abs. 2 ZPO keine geeignete Form für die Pfändung des Anwartschafts-rechts darstellt. Nach ihr ist die Pfändung gemäß § 857 Abs. 2 ZPO für das spätere Vollrecht ohne Wirkung. Das Pfandrecht an dem Anwartschaftsrecht erlischt mit dessen Eintragung, ohne daß der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Vollrecht erlangt. Die Pfändung verliert ihre Wirkung also gerade im entscheidenden Zeitpunkt [181]. Der Gläubiger erwirbt deshalb durch die Pfändung nach § 857 Abs. 2 ZPO in Wahrheit kein Pfandrecht an dem sich entwickelnden Vollrecht. Die einzige Möglichkeit, volle Befriedigung zu erlangen, bietet ihm eine Pfändung nach §§ 808 ff ZPO [182].

2. Pfändung nach §§ 808 ff ZPO

Eine Pfändung allein in dieser für das Vollrecht geltenden Form ist entgegen der herrschenden Meinung möglich, ohne daß der Vollrechtsinhaber sie verhindern kann. Ebenso wie

---

179) h.M., vgl. oben S. 68 f.
180) h.M., vgl. Fn 176, allerdings mit der bereits oben S. 76 Fn 172 abgelehnten Begründung, das Anwartschaftsrecht und deshalb auch ein Pfandrecht an ihm erlösche mit Entstehen des Vollrechts.
181) Bauknecht NJW 1954, 1750.
182) Bauknecht aaO.

die Veräußerung lediglich das Anwartschaftsrecht erfaßt, kann auch die Pfändung nur die dem Erwerber zukommende Rechtsposition, also zunächst nicht das Vollrecht, betreffen. Ein Eingriff in Rechte des Bestellers, den dieser nach § 771 ZPO abwehren könnte, liegt deshalb nicht vor. Die Teilung der Sachherrschaft, die das Anwartschaftsrecht charakterisiert, bewirkt, daß seine Pfändung nach den für das Vollrecht geltenden Regeln zulässig und ausreichend ist [183].

II. Die Pfändung der Hypothekenanwartschaften

1. Für die Pfändung des Anwartschaftsrechts bei Fehlen der Eintragung ist danach eine Pfändung der Forderung gemäß §§ 829, 830 ZPO in einer dem Ausstehen der Eintragung Rechnung tragenden Weise vorzunehmen: die zu sichernde Forderung ist zu pfänden und der Pfändungsbeschluß vom Gläubiger zum Zwecke der Eintragung beim Grundbuchamt vorzulegen. Damit ist der Pfandgläubiger nicht nur vor einer Zerstörung des Anwartschaftsrechts durch Rücknahme des Eintragungsantrags geschützt [184], sondern es wird nach § 17 GBO zugleich verhindert, daß ihm andere Gläubiger des Erwerbers zuvorkommen. Diese Lösung allein entspricht auch dem Grundsatz der maximalen Geltung der für das Vollrecht geltenden Regeln [185].

2. Die Hypothek für eine zukünftige oder bedingte Forderung wird gemäß §§ 829, 830 ZPO gepfändet [186]. Das gilt sowohl für die Buch- als auch für die Briefhypothek.

---

183) Raiser S. 91.
184) vgl. oben S. 73. Dem Erwerber ist jede Verfügung über sein Anwartschaftsrecht verboten und den Pfandgläubigern gegenüber unwirksam (§§ 857, 829 ZPO, §§ 136, 135 BGB). Ronke S. 105; Rosenberg § 193 II 5 b.
185) vgl. S. 7.
186) Stein-Jonas-Schönke-Pohle 2 zu § 830.

3. Bei Fehlen der Briefübergabe und der Eintragung, wenn diese vom Erwerber beim Grundbuchamt ordnungsgemäß beantragt ist und die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen wurde, tritt an Stelle der Briefübergabe oder der Briefwegnahme die Pfändung des Anspruchs gegen das Grundbuchamt auf Herausgabe des Briefes [187]. Im übrigen ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber der Pfändung des Vollrechts.

4. Das Anwartschaftsrecht, das die Vormerkung gewährt, wird durch Pfändung der zu sichernden Forderung nach § 829 ZPO gepfändet. Das Pfandrecht erstreckt sich zugleich auf den Anspruch auf Errichtung der Hypothek (§ 804 Abs. 2 ZPO, §§ 1274, 401 BGB). Die für diesen eingetragene Vormerkung wirkt auch zu Gunsten des Gläubigers des Pfandrechts, mit der Folge, daß dieser mit Hypothekenbestellung ein Pfandrecht an der Hypothek erwirbt (§ 804 Abs. 2 ZPO, § 1287 BGB).

187) Rosenberg S. 1023; KG Rspr OLG 11, 113; LG Frankfurt ZZP 69, 458; Stein-Jonas-Schönke-Pohle IV 2 b zu § 830.

§ 12

DER ERWERB VOM NICHTBERECHTIGTEN

I. Die allgemeine Problemlage

Sieht man das Anwartschaftsrecht als Stadium eines Erwerbsvorgangs an, das dadurch gekennzeichnet ist, daß das entstehende Recht dem Vermögen des Erwerbers bereits in einer dem Vollrecht vergleichbaren Weise zugeordnet wird, so ergibt sich die Frage nach der Möglichkeit seines gutgläubigen Erwerbs. Sie läßt sich nicht generell für alle Anwartschaftsrechte beantworten. Da das Gesetz den gutgläubigen Erwerb an gewisse, nach außen in Erscheinung tretende Umstände knüpft, wird man nicht sagen können, daß die materielle Zuordnung zum Vermögen des Erwerbers schlechthin die Anerkennung eines gutgläubigen Erwerbs rechtfertige. Andererseits aber ist ein gutgläubiger Erwerb von Anwartschaftsrechten nicht schon deshalb abzulehnen, weil ein Erwerbsvorgang noch nicht abgeschlossen ist und sich nicht in den Merkmalen dokumentiert, die den Rechtsschein begründen.

II. Die Hypothekenanwartschaften

1. Das Anwartschaftsrecht bei Fehlen der Eintragung

Nach § 892 Abs. 2 BGB kommt es für den Erwerb eines Rechts, das der Eintragung bedarf, auf den guten Glauben in dem Zeitpunkt an, in dem der Eintragungsantrag und die bindende Einigung vorliegen. Da diese Erfordernisse zugleich Voraussetzungen für das Entstehen des Anwartschaftsrechts sind, besagt § 892 Abs. 2 BGB nichts anderes, als daß das Anwartschafts-

recht, das dann besteht, wenn die Forderung begründet, die Einigung bindend erklärt und die Eintragung beantragt, aber noch nicht vollzogen ist, gutgläubig erworben werden kann.

Dagegen ist der gutgläubige Erwerb eines nicht bestehenden oder nicht dem Veräußerer zustehenden Anwartschaftsrechts bei Fehlen der Eintragung ausgeschlossen. Denn hier mangelt es an der den Rechtsschein begründenden Eintragung des Veräußerers, an die der gute Glaube nach § 892 BGB anknüpft [188].

2. Die Hypothek für eine zukünftige oder bedingte Forderung

Ist die zu sichernde Forderung noch nicht entstanden, so ist dieser Umstand aus dem Grundbuch ersichtlich, wenn die Hypothek für eine künftige Forderung eingetragen wurde: Häufig ergibt sich aus dem Grundbuch aber nicht, ob die zu sichernde Forderung schon besteht. Im ersten Fall erlangt der gutgläubige Erwerber das im Grundbuch eingetragene Anwartschaftsrecht (§ 892 Abs. 2 BGB), im zweiten nach §§ 1137, 892 BGB sogar die Hypothek selbst [194]. Hier ist auch ein gutgläubiger Erwerb der Anwartschaft vom angeblichen Anwartschaftsberechtigten möglich (§§ 1137, 892 BGB) [189].

3. Das Anwartschaftsrecht auf eine Briefhypothek bei Fehlen der Eintragung, wenn die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen wurde

Die Anwartschaft auf eine Briefhypothek bei Fehlen der Eintragung, wenn die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen wurde, kann in Analogie zu § 934 BGB gutgläubig erworben werden. Denn die Aushändigungsabrede stellt eine besondere Form der Abtretung eines Herausgabeanspruchs dar [190]. Dabei wird

188) Raiser S. 36.
189) Raiser S. 35.
190) Wolff-Raiser § 133 V 1.

der nichtberechtigte Besteller, der im Grundbuch eingetragen und deshalb in der Lage ist, die Voraussetzungen für die Herstellung des Briefes zu schaffen, regelmäßig einen Anspruch auf Aushändigung des Briefes gegen das Grundbuchamt haben, den er abtreten kann (vgl. § 934 1 Alternative). Mit Entstehen dieses Anspruchs erlangt der gutgläubige Erwerber das Anwartschaftsrecht, wobei es ausreichen wird, wenn der gute Glaube ich Sinne von § 934 BGB bei Vereinbarung der Aushändigungsabrede bestand und bis zur Herstellung des Briefes die Nichtberechtigung des Bestellers nicht positiv bekannt wird[191]. Das gilt sowohl für die Begründung des Anwartschaftsrechts als auch für seine Weiterveräußerung.

4. Das Anwartschaftsrecht aus der Vormerkung

Das Anwartschaftsrecht, das die Vormerkung gewährt, kann in beschränktem Umfang ebenfalls gutgläubig erworben werden. Verpflichtet sich der eingetragene Nichteigentümer, an dem einem Dritten gehörenden Grundstück eine Hypothek zu bestellen und bewilligt er die Vormerkung dieses Anspruchs, so gilt zugunsten des Erwerbers das Grundbuch als richtig[192]. Die in der Vormerkung liegende Verfügung bewirkt gemäß §§ 893, 892 BGB, daß der wahre Eigentümer die Vollendung des mit der Vormerkung eingeleiteten Rechtserwerbs[193] durch den Nichtberechtigten gegen sich gelten lassen muß[194]. Bei einer Abtretung des vorgemerkten Anspruchs[194a] ist dagegen ein gutgläubiger Erwerb nur möglich, wenn der Anspruch dem Vorgemerkten zusteht. Die Vormerkung begründet keine Vermutung für das Bestehen eines Anspruchs. Ein gutgläubiger Erwerb

---

191) vgl. hierzu Staudinger 2 zu § 934.
192) Raiser S. 36; Westermann § 85 IV; Wolff-Raiser § 48 IV; Heck § 47 III 10; BGHZ 25, 23; a.M. von Tuhr II 1 S. 254.
193) oben S. 32 f.
194) Westermann § 85 IV.
194a) Zu dieser Problematik im einzelnen Reinicke NJW 1964, 2373 ff.

ist deshalb ausgeschlossen [195].

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann demnach gesagt werden, daß ein gutgläubiger Erwerb der Hypothekenanwartschaften dann möglich ist, wenn auf seiten des Verfügenden der den Rechtsschein begründende Sachverhalt gegeben ist [196].

---

195) Raiser S. 36; Baur § 20 II 3; Westermann § 85 IV; Wolff-Raiser § 48 IV; BGHZ 25, 24.
196) Forkel S. 79, 192; Bauknecht NJW 1955, 1252; Westermann § 44, 2; § 45 III 1 c.

§ 13

DER SCHUTZ DER HYPOTHEKENANWARTSCHAFTEN

I. Die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach §§ 1133 ff BGB

Grundsätzlich gewährt die Rechtsordnung zu jedem Recht auch die Mittel zu seiner Verteidigung. Für Hypotheken ergibt sich der Schutz gegen eine Beeinträchtigung der Haftungsgrundlage aus §§ 1133 ff BGB. Die Zuordnung schon der Hypothekenanwartschaft zum Vermögen des Erwerbers, die sich vor allem in der Bestandssicherheit gegen Verfügungen des Bestellers und gegen Vollstreckungsmaßnahmen seiner Gläubiger verwirklicht [197], legt es nahe, die Ansprüche der §§ 1133 ff BGB auch dem Anwartschaftsberechtigten zuzubilligen. Es taucht allerdings das Problem auf, ob die Abwehrrechte gemäß §§ 1133 ff BGB auch dem Hypothekenberechtigten oder bei Erstbestellung der Hypothek nach § 1004 BGB dem Grundstückseigentümer zustehen. Daraus ergeben sich jedoch keine Schwierigkeiten. Ein solches Zusammentreffen paralleler Unterlassungsansprüche ist unserer Rechtsordnung auch sonst bekannt. Man denke an den Fall, in dem an einer Liegenschaft ein Nießbrauch und ein Pfandrecht oder mehrere Pfandrechte bestehen. Hier haben Eigentümer, Nießbraucher und Grundpfandgläubiger ebenfalls gleichgerichtete Unterlassungsansprüche (§§ 1004, 1065, 1133 BGB) [198]. Zwischen dem Hypothekengläubiger, dem Eigentümer und dem Anwartschaftsberechtigten ergeben sich keine Interessenkollisionen. Denn es liegt auch im Interesse des Begründers des Anwartschaftsrechts, daß beein-

197) vgl. oben S. 20 ff, 28 ff, 38 ff, 61.
198) Raiser, Dingliche Anwartschaften S. 76.

trächtigende Handlungen unterbleiben oder der störende Zustand beseitigt wird. Dem Erwerber wäre geradezu, hätte er nicht eigene Abwehrrechte, aus dem Bestellungsvertrag ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Besteller auf Abwehr der in § 1133 BGB genannten Beeinträchtigungen zuzubilligen. Dem dinglichen Charakter des Anwartschaftsrechts entspricht es jedoch, dem Anwartschaftsberechtigten diesen Anspruch selbst zuzuerkennen. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der in Gesetzgebung (§ 1 UWG, § 12 BGB, § 37 HGB) und Judikatur erkennbaren Neigung, den vorbeugenden Unterlassungsanspruch auszudehnen.

II. Der Schutz nach § 823 BGB

Ursprünglich wurde der Schutz des § 823 BGB auf dem Gebiet des Vermögensrechts nur den klassischen dinglichen Rechten des BGB und den in den Nebengesetzen anerkannten absoluten Rechten zugebilligt. Inzwischen hat sich in Rechtssprechung und Lehre eine extensivere Auslegung des § 823 BGB durchgesetzt. So werden der Besitz [199] oder der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb [200] heute ganz allgemein den sonstigen Rechten im Sinne § 823 Abs. 1 BGB zugerechnet. Dieselbe Auffassung wurde sehr bald für das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung vertreten und fand allgemeine Anerkennung [201]. Die gleichen Gesichtspunkte, die sie

199) Esser § 202 1 b bb; Enneccerus-Lehmann § 234 I 2 c; Larenz II § 66 I a; Staudinger-Kober II A 2 e α zu § 823; RGRK 9 zu § 823; RGZ 59, 326; 102, 347; 170, 6; BGHZ 32, 194.

200) Enneccerus-Lehmann § 234 I 2 b γ; Larenz II § 66 I 6 d; Staudinger-Kober II A 2 e β; RGRK 9 zu § 823; RGZ 51, 369; 135, 242; BGHZ 3, 279; 29, 65.

201) Esser § 202 1 b bb; Enneccerus-Lehmann § 234 I 1 b; Wolff-Raiser § 2 II 3; RGZ 140, 225; BGHZ 20, 94; BGH LM 1 zu § 823.

rechtfertigen, führen zu einem Schutz der Hypothekenanwartschaft nach § 823 BGB. Denn auch dem Inhaber einer Hypothekenanwartschaft kommt, wie wir gesehen haben, eine dingliche Position zu.

III. Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß dem Inhaber einer Hypothekenanwartschaft die Schutzrechte nach §§ 1133 ff, 823 BGB zustehen.

C. ZUSAMMENFASSUNG

I. Bei Bestellung oder Veräußerung von Hypotheken treten Durchgangsstadien auf, in denen dem Erwerber das Entstehen des zukünftigen Rechts gewährleistet ist. Für sie ist kennzeichnend, daß der Besteller - Veräußerer den Erwerb nicht mehr durch widersprechende Verfügungen beeinträchtigen kann, und dementsprechend die Erwerberstellung nicht mehr dem Zugriff der Gläubiger des Bestellers unterliegt. Dieser Umstand rechtfertigt es, die so gekennzeichnete Erwerberstellung als Anwartschaftsrecht zu bezeichnen.

II. Hypothekenanwartschaften bestehen in folgenden Fällen:

1. bei der Buchhypothek:

   a) wenn die Eintragung fehlt, sofern die Einigung vorgenommen und die Eintragung unter Vorlage der Eintragungsbewilligung des Bestellers vom Erwerber beim Grundbuchamt beantragt wurde,

   b) wenn die Forderung fehlt, falls die Hypothek für eine zukünftige oder für eine bedingte Forderung begründet wurde,

2. bei der Briefhypothek:

   a) wenn die Briefübergabe und die Eintragung fehlen, sofern diese vom Erwerber beim Grundbuchamt ordnungsgemäß beantragt ist und die Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB getroffen wurde,

   b) bei Eintragung der Hypothek für eine zukünftige oder für eine bedingte Forderung und Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Erwerber,

3. sowohl bei der Buch- als auch bei der Briefhypothek, wenn der Anspruch auf Errichtung der Hypothek durch Vormerkung gesichert ist,

4. bei der bedingten Hypothek.

III. 1. Die Hypothekenanwartschaften können vom Anwartschaftsberechtigten kraft eigenen Rechts übertragen werden.

2. Verpfändung und Pfändung sind ebenfalls möglich.

3. Die Übertragung der Hypothekenanwartschaften sowie ihre Verpfändung und Pfändung erfolgen in der für die Übertragung, Verpfändung und Pfändung der Hypothek geltenden Weise. Dabei ergeben sich Modifikationen, wenn einzelne Übertragungs- und Pfandrechtsbegründungserfordernisse bei Anwartschaftsrechten nicht erfüllt werden können.

4. Auch Erwerb der Hypothekenanwartschaften vom Nichtberechtigten oder eines Pfandrechts an ihnen ist grundsätzlich möglich. Es muß jedoch berücksichtigt werden, daß ein Entstehungserfordernis noch fehlt und sich hieraus ein Ausschluß des Erwerbs vom Nichtberechtigten ergeben kann.

IV. Dem Inhaber einer Hypothekenanwartschaft stehen die Schutzrechte nach §§ 1133 ff, 823 BGB zu.

LITERATURVERZEICHNIS

Ackermann, K.,	Gläubigerwechsel vor Hypothekenvalutierung, DNotZ 1936, 345.
Ackermann, K.,	Zur Frage des Eigentumswechsels vor Hypothekenvalutierung, DNotZ 1936, 241.
Arndt,	Die Wirkung der Vorausabtretung künftiger Forderungen im Konkurs, DRiZ 1954, 233.
Baumbach-Lauterbach,	Zivilprozeßordnung, 27. Auflage, München und Berlin 1963.
Bauknecht,	Die Pfändung des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung, NJW 1954, 1749.
Bauknecht,	Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht, NJW 1955, 1251.
Bauknecht,	Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung im Konkurs, NJW 1956, 1177.
Baur, Fritz,	Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin 1960.
Biermann, Johannes,	Kommentar zum BGB Bd III, Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin 1914.
Biermann, Johannes,	Widerspruch und Vormerkung, Jena 1901.
Biermann, Johannes,	Die Höchstbetragshypothek und andere Grundstückspfandrechte als Unterlage für Bankkredite, Bank Arch 1906/67, 260.
Bley, Erich,	Vergleichsordnung, 2. Auflage, Berlin 1955.
Blomeyer, Arwed,	Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb, AcP 153, 239.
Böhle-Stamschräder,	Konkursordnung, 7. Auflage, München und Berlin 1964.
Boehmer, Gustav,	Hypothekarische Sicherung des Zwischenkredits, ZAKDR 1940, 240.

Boehmer, Gustav,	Der Übergang der hypothekarischen Sicherung vom Zwischenkredit auf den Hauptkredit, ZAKDR 1937, 173.
Bourier, Adolf,	Die Rechtsstellung des Gläubigers der Hypothek für eine künftige Forderung, ZAKDR 1937, 524.
Brandis,	Die Übertragung des Anwartschaftsrechts, das bei einer bedingten Eigentumsübertragung besteht, JW 1931, 505.
Brecht, Arnold,	Bedingung und Anwartschaftsrecht, Iherings Jahrbuch Bd 61, 263.
von Caemmerer, Ernst,	Umstellungsfragen, SJZ 1949, 816.
du Chesne,	Selbständige und unvollständige Vormerkungen im Konkurs, LZ 1911, 511.
Coing, Helmuth,	Kauf unter Eigentumsvorbehalt in Umstellung und Konkurs, NJW 1952, 48.
Crome,	System des bürgerlichen Rechts, Bd III, Rechte an Sachen und Rechten, Tübingen 1905.
Dempewolf, Günter,	Benachrichtigungsvollmacht als Sicherung für den Kreditgeber, MDR 1957, 458.
Düringer-Hachenburg,	Das Handelsgesetzbuch, Bd IV, 3. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
Eichler, Hermann,	Institutionen des Sachenrechts, Bd I, II 1, II 2, Berlin 1954-60.
Enneccerus, Ludwig,	Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin, Marburg 1889.
Enneccerus-Lehmann,	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958.
Enneccerus-Nipperdey,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 15. Auflage, 1. Hbd, Tübingen 1959, 2. Hbd, Tübingen 1960.
Erman,	Handkommentar zum BGB, 2 Bde, 3. Auflage, Münster/Westf. 1962.

Esser, Josef,	Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960.
Flume, Werner,	Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 1962, Bd 62, 385.
Forkel, Hans,	Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Berlin 1962.
Fuchs, Egon,	Grundbuchrecht, Bd I, Berlin 1902.
Güthe-Triebel,	Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, Bd I, 3. Auflage, Berlin 1923.
Heck, Philipp,	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.
Hellwig, Konrad,	Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
Hieber, Hans,	Die Verwirklichung des Pfandrechts an einem Auflassungsanspruch, DNotZ 1954, 171.
Hieber, Hans,	Das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht des Grundstückseigentümers, DNotZ 1955, 186.
Hieber, Hans,	Die "dingliche Anwartschaft" bei der Grundstücksübereignung, DNotZ 1959, 350.
Hirsch, Hans,	Die vorläufige Eigentümerhypothek, Arch Bürg R, Bd 25, 222.
Hoche, Ulrich,	Die Abtretung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung, NJW 1955, 652.
Holtz, Walter,	Anwartschaftsrecht aus bedingter Übertragung als Kreditsicherungsmittel, Diss. Kiel 1932.
Jaeckel-Güthe,	Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 7. Auflage, Berlin 1937.
Jaeger, Ernst,	Konkursordnung, 8. Auflage, Berlin 1958.
Jaffé, Richard,	Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf, Diss. Leipzig 1910.
Korintenberg-Wenz,	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Köln 1935.

Kretschmar,	Die Berücksichtigung eines im Grundbuch eingetragenen Widerspruchs und der Vormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren, Recht 1903, 589.
Kretschmar,	Die Wirkung der Rechte an Sachen und Rechten und der vorgemerkten Ansprüche im Konkurs, JW 1916, 165.
Kuchinke, Kurt,	Die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers als Kreditunterlage und Haftungsobjekt, JZ 1964, 145.
Kuru, Baki,	Übertragung und Pfändung des Anwartschaftsrechts auf Eigentumserwerb an beweglichen Sachen und Grundstücken, Diss. Münster/Westf. 1958.
Lange, Heinrich,	BGB, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 1963.
Larenz, Karl,	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd I, II, 5. Auflage, München und Berlin 1962.
Lehmann, Heinrich,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Auflage, Berlin 1960.
Lehmann, Heinrich,	Der Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren, Festschrift für Richard Schmidt, Bd I, Leipzig 1932, 346.
Lent, Friedrich,	Die Rechtsstellung des Gläubigers der Hypothek für eine künftige Forderung, ZAKDR 1937, 37.
Lent-Schwab,	Sachenrecht, 10. Auflage, München und Berlin 1964.
Letzgus, Ernst,	Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, Tübingen 1938.
Marcuse,	Die Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung, JW 1923, 41.
Mayer, Robert,	Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung, Diss. München 1960.
Meikel-Imhof-Riedel,	Grundbuchrecht, 5. Auflage, Berlin 1958.

Mentzel-Kuhn,	Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1962.
Michaelsen, Fridtjof,	Das Anwartschaftsrecht im BGB, Diss. Köln 1933.
Mohrbutter, Jürgen,	Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1965.
Nußbaum, Artur,	Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens, 2. Auflage, Tübingen 1921.
Oertmann, Paul,	Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927; Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Hbd 1, 2, Berlin 1928/29.
Oertmann, Paul,	Die Rechtsbedingung, Leipzig 1924.
Palandt,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 23. Auflage, München 1964.
Perrey,	Die Rechtsstellung des Käufers zwischen Auflassung und Eintragung, Diss. Erlangen 1948.
Raape, Leo,	Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1908.
Raiser, Ludwig,	Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1960.
Reichel, Hans,	Die Vormerkung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Iherings Jahrbuch 46, 59.
Reinicke, Gerhard,	Gesetzliche Pfandrechte und Hypotheken am Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, 1941 Heft 19.
Reinicke, Dietrich,	Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Vormerkung, NJW 1964, 2373.
Das Bürgerliche Gesetzbuch,	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern Bd I, Allgem. Teil Bd III Sachenrecht, 10. Auflage, Berlin 1953/1954.
Ronke, Maximilian,	Zur Pfändung und Verpfändung des mit der Auflassung entstehenden sogenannten dinglichen Anwartschaftsrechts, Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961.

Rosenberg, Leo,	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961.
Rühl, Helmut,	Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, Berlin 1930.
Rühl, Helmut,	Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, ZZP 56, 154.
Schlegelberger, Franz,	Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1956.
Schönke-Baur,	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 7. Auflage, Karlsruhe 1963.
Schwister,	Das Anwartschaftsrecht als Kreditsicherungsmittel, JW 1933, 1857.
Semeka, Gregor,	Das Warterecht, Arch Bürg R, Bd 35, 121.
Siebert, Wolfgang,	Ist bei aufschiebend bedingter Übereignung die Fortdauer der Einigung bis zum Eintritt der Bedingung erforderlich, JW 1933, 2440.
Soergel,	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd I, 9. Auflage, Stuttgart 1959.
	Bd III, 9. Auflage, Stuttgart 1960.
Staub,	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, 4 Bde, Leipzig 1932-1933.
Staudinger,	Kommentar zum BGB, Bd I, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin 1955,
	Bd II, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Auflage, Berlin 1955,
	Bd III, Sachenrecht, 11. Auflage, Berlin 1956.
Stein-Jonas,	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd II, 17. Auflage, Tübingen 1956.
Steiner-Riedel,	Zwangsversteigerung, 7. Auflage, Berlin 1956.
Sternberg, Leo,	Die Hypothek für eine künftige oder eine bedingte Forderung, Iherings Jahrbuch 62, 377.

Sydow-Busch-Krantz,	Zivilprozeßordnung, Bd II, 20. Auflage, Berlin und Leipzig 1930.
von Tuhr, Andreas,	Abtretung künftiger Forderungen, Bank Arch 7, 277.
von Tuhr, Andreas,	Verfügung über künftige Forderungen, DJZ 1904, 426.
von Tuhr, Andreas,	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd I, Leipzig 1910, Bd II, 1 Hbd, Leipzig 1914, Bd II, 2. Hbd, München - Leipzig 1918.
Turnau-Förster,	Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, 3. Auflage, Berlin 1906.
Westermann, Harry,	Sachenrecht, 4. Auflage, Karlsruhe 1960.
Windscheid, Bernhard,	Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, Frankfurt 1900.
Wolff-Raiser,	Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957.

Abkürzungen und Zitierweise

Abkürzungen sind entsprechend dem Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache auf der Grundlage der für den Bundesgerichtshof geltenden Abkürzungsregeln von Kirchner, Berlin 1957 verwendet worden.

Monographien, Lehrbücher und Kommentare werden nur mit dem Namen des Autors zitiert. Bei mehreren Werken eines Autors wird das Hauptwerk mit dessen Namen zitiert; im übrigen wird der Titel des Buches mit angegeben. In Zeitschriften erschienene Veröffentlichungen werden mit dem Namen des Autors und der Fundstelle bezeichnet.

L e b e n s l a u f

Am 31.12.1933 wurde ich als Tochter des damaligen Privatdozenten Dr. Franz Laufke und seiner Ehefrau Anna, geb. Kretschmer in Prag geboren. Ich bin deutsche Staatsangehörige.

Die Reifeprüfung legte ich am 17.7.1952 an der Städtischen Mädchenoberschule in Würzburg ab.

Im Wintersemester 1952/53 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Julius-Maximilians-Universität in Würzburg. Anschließend studierte ich im Sommersemester 1953 und im Wintersemester 1953/54 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, im Sommersemester 1954, im Wintersemester 1954/55 und im Sommersemester 1955 an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, im Wintersemester 1955/56 und im Sommersemester 1956 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Am 30.3.1957 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm das Referendarexamen ab. Den Referendardienst leistete ich in Münster/Westf., München und Würzburg. Am 9.5.1962 bestand ich vor dem Bayer. Staatsministerium der Justiz, Landesjustizprüfungsamt, in München die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit August 1962 stehe ich im Dienst der Bayer. Inneren Verwaltung. Während des Studienjahres 1962/63 war ich beurlaubt und studierte an der Juristischen Fakultät der Universität Paris französisches Verwaltungsrecht. Nach 1 1/2jähriger Tätigkeit beim Bayer. Verwaltungsgericht Ansbach und bei der Staatsanwaltschaft beim Verwaltungsgericht Ansbach leite ich seit Februar 1965 das Justitiariat und das Sachgebiet für Staatsangehörigkeits- und Personenstandsrecht der Regierung der Oberpfalz in Regensburg.